Digitized by the Internet Archive
in 2025

https://archive.org/details/lemariageendroit0001aesm

LE MARIAGE

EN

DROIT CANONIQUE

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

Histoire de la Procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours. *Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques.* Paris, Larose et Forcel, 1882 . . . . . 10 fr.

Études sur les Contrats dans le très ancien Droit français. Paris, Larose et Forcel, 1883 . . . . . 4 fr.

Mélanges d'Histoire de Droit et de Critique. Droit Romain. Paris, Larose et Forcel, 1886. . . . . 10 fr.

Étude sur la condition privée de la Femme dans le Droit ancien et moderne, et en particulier sur le sénatus-consulte Velléien, par Paul Gide, professeur à la Faculté de Droit de Paris, 2e édition, avec une notice biographique, des additions et des notes, par A. Esmein. Paris, Larose et Forcel. 1885 . . . . . 10 fr.

ANGERS, IMP. BURDIN ET Cie, RUE GARNIER, 4.

ÉTUDES SUR L'HISTOIRE DU DROIT CANONIQUE PRIVÉ

LE MARIAGE

EN

DROIT CANONIQUE

PAR

A. ESMEIN

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
MAÎTRE DE CONFÉRENCES A L'ÉCOLE PRATIQUE DES HAUTES-ÉTUDES

TOME PREMIER

ALMA COLLEGE
348.417
LIBRARY
Es53
Alma, California

PARIS
L. LAROSE ET FORCEL
Libraires-Éditeurs
22, RUE SOUFFLOT, 22

1891

29652

PRÉFACE

J'ai entrepris d'exposer, pour ceux que l'histoire du droit intéresse, les principales théories canoniques dont l'influence a été grande sur le développement du droit privé chez les nations de l'Europe occidentale. Les institutions que je veux étudier ainsi sont le mariage, les contrats et obligations, la possession, la prescription et les testaments[1]. Je publie aujourd'hui le traité du mariage, qui, par lui-même, forme un tout et un ouvrage indépendant.

Les institutions comprises dans mon programme, sauf celle qui fait le sujet du présent livre, rentrent toutes dans cette partie du droit canon qui n'est plus maintenant qu'une législation morte. Le mariage, au contraire, appartient à sa partie encore vivante. Mais, même en ce qui le concerne, je me suis surtout attaché à la juris-

1. J'ai laissé de côté la procédure, qui est largement représentée dans la littérature moderne du droit canonique.

prudence du passé. Je n'ai songé, en aucune façon, à composer un traité complet, encore moins un traité usuel du mariage canonique. J'ai voulu simplement écrire l'histoire d'un système juridique original et important. C'est le droit canonique étudié par un homme du dehors, qui l'envisage seulement en jurisconsulte et en historien.

Paris, février 1891.

PREMIÈRE PARTIE

LE DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE ET LES PRINCIPES

CHAPITRE I

La juridiction et la législation de l'Église sur le mariage : Leur histoire en Occident.

Premier état : La juridiction disciplinaire de l'Église. — I. L'Empire romain. — II. La monarchie Mérovingienne ; la monarchie Carolingienne. — *Deuxième état* : L'Église juge et législateur du mariage. — III. Établissement de la juridiction exclusive de l'Église en matière de mariage ; ses effets et sa durée. — IV. La législation et la juridiction matrimoniales du XVI^e^ au XVIII^e^ siècle ; les pays protestants ; les pays catholiques. — *Troisième état* : V. La sécularisation du mariage dans l'Europe occidentale ; la place laissée au mariage canonique. — VI. Le développement interne du droit canonique en matière de mariage.

Dans le développement général du droit, chez les nations de l'Europe occidentale [1], la législation canonique du mariage a occupé successivement trois positions distinctes.

D'abord, elle s'est développée à côté du droit séculier, celui-ci restant indépendant et souverain dans son domaine, et n'a exercé qu'une action parallèle. Dans une seconde phase, elle a supplanté et éliminé le droit séculier, elle seule régissant le mariage dans l'Europe chrétienne. Enfin, devant un reflux puissant de la législation civile, elle a dû, dans les temps mo-

1. Je laisse de côté dans cette étude le droit canonique de l'Église orientale, qui a eu son développement particulier. Cependant, sur les points les plus importants, j'indiquerai rapidement, par voie de comparaison, à quels résultats ce droit est parvenu. J'emprunterai surtout mes renseignements au savant livre de Zhishman : *Das Eherecht der orientalischen Kirche*. Wien, 1864.

dernes, abandonner le terrain qu'elle avait ainsi occupé, pour garder seulement son autorité première, et reprendre son ancienne position.

I

Dès les premiers temps, l'Église enseigna quant au mariage des règles prohibitives ou impératives assez différentes de celles que contenaient les lois civiles : certains passages des Évangiles et des Épitres de saint Paul en contiennent l'expression la plus frappante. Mais, évidemment, elle ne pouvait pas toucher aux lois de l'Empire; elle ne pouvait pas faire que les mariages contractés conformément à ces lois ne fussent valables aux yeux de l'État. Elle pouvait seulement demander compte aux fidèles, à son point de vue particulier, des mariages qu'ils contractaient contrairement à ses ordres. C'est ce qu'elle fit de bonne heure, en exerçant sur eux cette action disciplinaire qui est un des traits les plus remarquables dans l'ancienne organisation des communautés chrétiennes; on la voit nettement apparaître dans la lettre célèbre de Pline[1], et, dans la suite du temps, elle produira un certain nombre d'institutions importantes dans le système du droit canonique, en particulier la *denunciatio evangelica* et les accusations synodales. Par ce moyen, l'Église statuera de bonne heure sur les mariages des fidèles ; et l'on peut considérer comme un premier exemple de cette juridiction le passage dans lequel saint Paul condamne un incestueux[2].

Mais, la seule sanction de ces décrets et de ces sentences, ce fut d'abord l'exclusion de la communauté des fidèles ; ce furent dans la suite l'excommunication et les pénitences. Si l'Église en vint parfois à ordonner la séparation des époux unis contrairement à ses principes, ce n'est pas qu'au point de vue légal,

1. Voyez en particulier sur ce point : J. H. Böhmer, *Dissertationes juris ecclesiastici antiqui ad Plinium Secundum et Tertullianum*. Lipsiæ, 1711.

2. I *Cor.*, c. v.

elle pût prononcer la nullité de ces unions, mais elle faisait de cette séparation la condition même de la pénitence efficace; pour rentrer au bercail les époux devaient s'y soumettre[1]. Il y avait là une réglementation intérieure et une action disciplinaire qui se développaient et s'exerçaient parallèlement à la loi civile et à la juridiction des tribunaux. Bien qu'elles fussent assez souvent en contradiction, c'étaient deux actions qui ne se rencontraient pas, car elles se développaient dans des sphères distinctes. Les Pères de l'Église relevaient souvent ces oppositions[2]; mais, je le répète, on ne voit point qu'il se soit produit de conflits proprement dits dans l'Empire païen, entre la juridiction de l'État et le pouvoir disciplinaire exercé par l'Église. Les chrétiens, d'ailleurs, tendaient alors à se désintéresser de la société et à se confiner dans la vie intérieure de leurs communautés.

Dans cet état de choses, l'Église ne pouvait point songer à édicter pour son propre usage une législation du mariage complète et coordonnée. Ce qu'elle exigeait, c'était le respect de

1. Pour assurer l'observation des règles qu'elle professait en matière de mariage, l'Église paraît avoir surtout usé, dans les temps anciens, d'un moyen préventif, fort efficace, sans doute, pour le monde restreint des petites communautés chrétiennes. C'était la nécessité de soumettre à l'évêque l'union projetée. Ignatius Martyr, *ad Polycarp.*, c. v : Πρέπει δὲ τοῖς γαμοῦσι καὶ ταῖς γαμουμέναις μετὰ γνώμης τοῦ ἐπισκόπου τὴν ἕνωσιν ποιεῖσθαι, ἵνα ὁ γάμος ᾖ κατὰ Θεόν, καὶ μὴ κατ' ἐπιθυμίαν. — Tertullien, *De pudic.*, c. iv : « Apud nos occultæ quoque conjunctiones, *id est non prius apud ecclesiam professæ*, juxta mœchiam et fornicationem judicari periclitantur. »

2. Les textes, dans ce sens, sont très nombreux. En voici deux, d'autant plus notables qu'ils sont d'une époque postérieure à Constantin. Grégoire de Nazianze, *Ep. CLXXVI*, en parlant du *repudium*, s'exprime ainsi : Τὸ ἀποστάσιον, ὃ τοῖς ἡμετέροις ἀπαρέσκει πάντως νόμοις, κἂν οἱ Ῥωμαίων ἑτέρως κρινώσι. Saint Justin, *Apologia I, pro christianis*, c. xv, (Migne, *P. G.*, t. VI, p. 349), déclare : Ὥσπερ καὶ οἱ νόμῳ ἀνθρωπίνῳ διγαμίας ποιούμενοι ἁμαρτωλοὶ παρὰ τῷ ἡμετέρῳ Διδασκάλῳ εἰσί, καὶ οἱ προσβλέποντες γυναικὶ πρὸς τὸ ἐπιθυμῆσαι αὐτῆς. Saint Jérôme, *Ep. LXXXVII, ad Oceanum*, fait aussi le parallèle. « Aliæ sunt leges Cæsarum, aliæ Christi. Aliud Papinianus, aliud Paulus noster præcipit. Apud illos viris impudicitiæ frena laxantur et solo stupro et adulterio condemnato, passim per lupanaria et ancillulas libido permittitur; quasi culpam dignitas faciat, non voluntas. Apud nos quod non licet feminis, æque non licet viris; et eadem servitus pari conditione censetur. » Assez souvent les Pères appellent les lois civiles, les *lois du dehors*, τοὺς ἔξωθεν νόμους.

certains principes, la prohibition du libre divorce en particulier. Mais, pour le surplus, les chrétiens étaient renvoyés, comme les autres, aux règles de la loi civile, qui d'ailleurs étaient peu gênantes, la conclusion du mariage étant en droit romain un acte dispensé de formes, dans lequel le pouvoir civil n'intervenait pas [1]. Si les Pères, lorsqu'ils conseillent aux chrétiens de ne point s'unir à des infidèles, semblent parfois prendre en considération les formes du mariage, il s'agit alors des cérémonies païennes qui étaient imposées par l'usage, mais non par la loi [2]. Il faut même ajouter que les chrétiens ne se faisaient aucun scrupule d'user du *repudium* permis par la loi romaine, pourvu que le divorce ne fût point suivi d'un nouveau mariage de la part de l'un ou l'autre des époux. Saint Justin, dans sa seconde *Apologie*, rappelle à l'empereur Marc-Aurèle le cas d'une femme chrétienne qui avait répudié son mari, homme d'une vie dissolue; et celui-ci pour se venger l'accusa de christianisme devant l'empereur [3].

Avec l'avènement des empereurs chrétiens cette situation se modifia, en fait, mais non pas en droit. L'État conserva sur le mariage la législation et la juridiction. Seulement la législation en cette matière s'inspira assez profondément des principes chrétiens [4], mais elle ne les admit pas intégralement. Quelle que fût l'autorité des évêques sur le pouvoir impérial, celui-ci

1. Athenagoras, *Legatio pro christianis*, n° 33 (Migne, *P. G.*, t. VI, p. 965) : Γυναῖκα μέν ἕκαστος ἡμῶν, ἣν ἠγάγετο κατὰ τοὺς ὑμῶν τεθειμένους νόμους νομίζει, καὶ ταύτην μέχρι τοῦ παιδοποιήσασθαι. Saint Jean Chrysostome, *Homil. XVI, ad populum Antiochenum* (Migne, t. XLIX, p. 161) : "Αλλ' ὅμως οὕτω πειθόμεθα (τοῖς βασιλεῦσι) κἂν γυναῖκας ἀγώμεθα, καὶ διαθήκας ποιῶμεν, κἂν οἰκέτας ὠνεῖσθαι μέλλωμεν, κἂν οἰκίας, κἂν ἀγροὺς κἂν ὁτιοῦν ἕτερον ποιεῖν, οὐκ οἰκείᾳ γνώμῃ ταῦτα πράττομεν, ἀλλ' ὅπως ἂν ἐκεῖνοι διατάξωσι, καὶ τὰ ἡμῶν αὐτῶν διαθέσθαι κατὰ γνώμην τὴν ἡμέτεραν οὐκ ἐσμὲν κύριοι καθόλου ἀλλα πολλαχοῦ ταῖς ἐκείνων δουλεύομεν γνώμαις, κἂν ποιήσωμέν τι παρὰ το δοκοῦν ἐκείνοις, ἄκυρον καὶ ἄχρηστον γίνεται.

2. Tertullien, *De coron.*, c. XIII (édit. Oehler, I, p. 451) : « Coronant et nuptiæ sponsos, et ideo non nubemus ethnicis, ne nos ad idolatriam usque deducant, a qua apud illos nuptiæ incipiunt. »

3. *Apologia II pro christianis*, c. II (Migne, VI, p. 444) : "Οπως μὴ κοινωνός τῶν ἀδικημάτων καὶ ἀσεβημάτων γένηται, μένουσα ἐν τῇ συζυγίᾳ, καὶ ὁμοδίαιτος καὶ ὁμόκοιτος γενομένη, τὸ λεγόμενον παρ' ὑμῖν ῥεπούδιον δοῦσα ἐχωρίσθη.

4. Dans une de ses lettres, Yves de Chartres qualifie très bien, à ce point de

avait de trop fortes traditions pour bouleverser en quelques jours ou même en quelques siècles toute une partie de la législation. La réglementation ecclésiastique du mariage et la loi civile se rapprochèrent insensiblement l'une de l'autre, mais il subsista entre elles de profondes différences. La matière du divorce en fournit l'exemple le plus notable et le plus connu. Les lois de Constantin, que ses successeurs atténueront plutôt qu'ils ne les aggraveront, réagirent énergiquement contre la liberté du divorce, mais le droit de divorcer ne fut point aboli. On peut dire qu'au point de vue des effets civils le divorce, même lorsqu'il fut prohibé, conserva toute son efficacité: il y eut seulement tout un système de peines soit civiles, soit afflictives qui frappèrent l'époux lorsqu'il divorçait en dehors des cas permis par la loi [1]; la pénalité consistait parfois à rendre l'époux coupable incapable de se remarier [2]. Mais ce fut tout: la législation de Justinien elle-même maintiendra le divorce dans une large mesure [3]. L'Église, au contraire, malgré quelques opinions divergentes, tendait de plus en plus vers la prohibition absolue. La réglementation ecclésiastique restait donc différente de la loi civile. Les Pères des IVe et Ve siècles constatent cette divergence [4]. Bien que, dorénavant, l'Église ne soit plus en dehors de l'État, mais constitue plutôt un organe de l'État lui-même, ils continuent à parler, par opposition aux lois de Dieu, des lois du siècle et des lois du dehors [5].

vue, la législation des empereurs chrétiens qu'il invoque pour trancher une question matrimoniale. *Ep. CCXLII* (édit. Paris, 1610, p. 430) : « Quod etiam legibus sæculi cautum habemus, *quas catholici reges composuerunt, et ex auctoritate romanæ ecclesiæ catholicis populis servandas tradiderunt.* »

1. L. 1, C. Th., *De repud.*, III, XVI (Constantin); L. 2., *ibid.* (Honorius).

2. L. 2, C. Th., *De repud.*, III, XVI.

3. *Novelles* 22, c. IV; 117, c. X; 134, c. XI.

4. Voyez en particulier saint Jean Chrysostome, *De libello repudii*, III, 1 (Migne, *P. G.*, t. II, p. 219 et 221). Il constate la réaction insuffisante que contiennent les lois civiles contre le divorce : Καὶ οἱ τῶν ἔξωθεν δὲ νόμοι οὐχ ἁπλῶς οὐδὲ προηγουμένως τοῦτο τεθείκασιν, ἀλλὰ καὶ αὐτοὶ κολάζουσι τὸ πρᾶγμα · ὥστε καὶ αὐτόθεν δείκνυται ὅτι ἀηδῶς πρός ταύτην ἔχουσι τὴν ἁμαρτίαν. Τήν γοῦν αἰτίαν τοῦ ἀποστασίου γινομένην γύμνην καὶ ἔρημον χρημάτων ἐκβάλλουσι καὶ τῇ ζημίᾳ τῆς οὐσίας τοῦτον κολάζουσι.

5. Voir les passages de saint Chrysostome et de Grégoire de Nazianze cités

D'ailleurs, si les chrétiens ne devaient point invoquer la loi civile, lorsqu'elle était contraire à la loi de Dieu [1], ils devaient la respecter et s'y soumettre lorsqu'elle n'était point en contradiction avec celle-ci. Ils devaient combiner l'une et l'autre réglementation [2].

L'Église, sans doute, continuait à exercer son action disciplinaire, précisée sûrement dès cette époque, pour imposer aux chrétiens le respect des règles qu'elle enseignait [3]: elle pouvait l'exercer d'autant plus librement que les canons des conciles, qui contiendront bientôt la principale expression de ces règles, avaient dû être approuvés par le pouvoir impérial [4]. Mais elle reconnaissait son impuissance en face des lois civiles. En 406, le concile de Carthage demandait instamment qu'une loi impériale défendît aux époux divorcés de contracter un nouveau mariage [5].

plus haut, p. 5, note 2, et p. 6, note 1. Cf. saint Augustin, *De adulter. conj.*, II, c. IX (il parle de la réconciliation du mari avec la femme adultère) : « Verum ecce non fiat, nemo compellit, quia forte lex aliqua hujus sæculi vetat, secundum terrenæ civitatis modum... suscipiatur ergo continentia, quam nulla lex prohibet, in alia non eatur adulteria. » Le même, *De nupt. et concupisc.*, I, c. X : « Quod si quisquam fecerit (divortium), non lege hujus sæculi, ubi interveniente repudio sine crimine conceditur alia copulare connubia... sed lege Evangelii reus est adulterii.»

1. Saint Chrysostome, *De libello rep.*, III, 1, p. 219 : Μὴ γάρ μοι τοὺς παρὰ τοῖς ἔξωθεν κειμένους νόμους ἀναγνῶς τοὺς κελεύοντας διδόναι βιβλίον ἀποστασίου καὶ ἀρίστασθαι. Οὐ γὰρ δὴ κατὰ τούτους σοι μέλλει κρίνειν τοὺς νόμους ὁ Θεὸς ἐν τῇ ἡμέρᾳ ἐκείνῃ, ἀλλὰ καθ' οὓς αὐτὸς ἔθηκε.

2. Saint Chrysostome (?), *Laus Maximi* (Migne, *P. G.*, t. II, p. 226) : Ὅταν οὖν μέλλῃς λαμβάνειν γυναῖκα, μὴ τοὺς ἔξωθεν ἀναγινώσκε νομούς μόνον, ἀλλὰ καὶ πρὸ ἐκείνων τοὺς πάρ' ἡμῖν κειμένους.

3. Voyez, par exemple, saint Augustin, *De adulter. conj.*, II, c. XVI : « Qui dimittit et vivere permittit adulteram et alteram duxerit, quamdiu prior illa vivit, perpetuus adulter est nec agit pœnitentiam fructuosam, a flagitio non recedens; nec si cathecumenus est ad baptismum admittitur, quoniam ab eo quod impedit non mutatur; nec reconciliari penitens potest, in eadem nequitia perseverans. »

4. Zhishman, *op. cit.*, p. 16 et s.

5. *Codex canon. ecclesiæ Afric.* (Bruns, *Canones apost. et concilior*, p. 186), c. CII : « Placuit, ut secundum evangelicam et apostolicam disciplinam neque dimissus ab uxore neque dimissa a marito alteri conjungantur, sed ita permaneant aut sibimet reconcilientur. Quod si contempserint, ad pœnitentiam redigantur : in qua causa legem imperialem petendum est promulgari. »

Tel est le droit que l'empire romain laissera en Occident : tel est encore le droit de Justinien.

Comme la législation, l'État avait conservé la juridiction sur le mariage : les tribunaux de l'État étaient seuls compétents, pour statuer sur les causes matrimoniales, comme sur les autres procès. Cependant, si l'on tient pour authentique la célèbre constitution, dite de Sirmond, adressée par Constantin à Ablavius, les évêques auraient momentanément conquis, non la juridiction spéciale et exclusive sur les mariages, mais la juridiction civile dans son ensemble, en concurrence avec les juges séculiers. Quoi qu'il en soit de cette question, que la plupart des critiques tranchent aujourd'hui dans le sens de l'authenticité, ce fut là tout au plus un privilége éphémère, tout le monde le reconnaît[1]. Mais les évêques gardèrent le droit de statuer sur les causes civiles, lorsque les deux parties s'accordaient pour les leur soumettre, et de les trancher à titre d'arbitres privilégiés, dont le pouvoir civil devait faire exécuter les décisions[2]. Ils purent ainsi, semble-t-il, connaître des causes matrimoniales, car la défense de faire un compromis n'était pas édictée par le droit romain en ces matières[3]. Cette juridiction arbitrale dut être assez employée en matière de mariage, quoique l'évêque fût alors tenu d'appliquer la loi civile. Au Code de Justinien, au titre *De episcopali audientia*, nous trouvons deux constitutions qui visent nettement des questions matrimoniales et dont l'insertion à cette place s'explique par là[4]. Une troisième, qui figure également au titre *De nuptiis*[5], et qui est de Justinien, est adressée *ubique terrarum constitutis episcopis*; mais elle contient seulement des pouvoirs spéciaux attribués aux évêques pour protéger les femmes qu'on

1. Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, t. I, p. 293 et s.

2. LL. 7, 8, C. J., *De episc. aud.*, I, IV.

3. C'est seulement pour les questions de liberté et d'ingénuité que le compromis est défendu. LL. 32. § 6; 7, D., *De recept.*, IV, VIII.

4. L. 16, C. J., *De episc. aud.*, I, IV (a. 469), où il s'agit des fiançailles; L. 28, *ibid.* (a. 530), où il s'agit du mariage des enfants d'un fou. Ces constitutions sont néanmoins l'une et l'autre adressées au préfet du prétoire.

5. L. 33, C. J., *De ep. aud.*, I, IV; L. 29, C. J., *De nupt.*, V. IV.

voudrait, contre leur gré, engager ou retenir dans la profession théâtrale. Je remarque enfin que les recueils de droit canonique anciens contiennent parfois, dans la section consacrée au mariage, des textes qui excluent l'appel aux tribunaux civils contre les jugements ecclésiastiques, en vertu du principe qui n'admet point l'appel contre la sentence d'un arbitre choisi par les parties[1] : peut-être y a-t-il là une trace et un souvenir de cette juridiction arbitrale.

II

Après la chute de l'empire d'Occident, dans les royaumes fondés par les Barbares, le pouvoir de l'Église sous les rois barbares resta, en principe, ce qu'il avait été sous les empereurs chrétiens. Elle n'acquit encore ni la législation ni la juridiction en matière de mariage; elle ne les possède pas encore au commencement du x^e^ siècle, comme je le montrerai bientôt. Mais cependant, sans que les principes fondamentaux fussent changés, elle fit dans ce sens de nouveaux et immenses progrès.

La législation en matière de mariage continue à appartenir au pouvoir séculier. Non seulement les *Leges Romanorum*, mais aussi les *Leges Barbarorum*, rédigées après la conversion des Barbares au christianisme, contiennent des dispositions sur le mariage, imprégnées des principes chrétiens dans une large mesure, mais notablement divergentes sur certains points. Cela est vrai, même de celles qui ont été rédigées sous l'influence directe et prépondérante de l'Église, comme la *Lex*

1. Regino, *Libri duo de synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis* (édit. Wasserschleben). Au livre II, c. XCVIII, commence la section qui traite du mariage sous cette rubrique : *Ab hinc de adulteriis et fornicationibus*. Voici ce qu'on lit au c. CXIV (caput incertum) : « Statutum est, ut, quæcunque controversiæ judicio et auctoritate ecclesiastica cœperint agitari, nequaquam ad seculare judicium transeant, ut ibi iterato provocent, sed ecclesiasticis sanctionibus terminentur. *Nam a judicibus quos communis consensus elegerit* ad alios judices non licet provocare. » Cf. c. CXIII.

Wisigothorum [1]. Dans la monarchie mérovingienne et carolingienne, les rois, par leurs Capitulaires, légifèrent fréquemment sur le mariage ou sur des points connexes [2]. Le plus souvent, il est vrai, cette législation a pour but d'adopter les règles ecclésiastiques, en leur conférant la sanction civile ou pénale. Mais elle n'en a pas moins, juridiquement parlant, sa pleine indépendance, et souvent elle fait subir à la réglementation de l'Église des modifications notables. Cela se voit en particulier dans les deux Capitulaires de Compiègne et de Verberie, rendus après des réunions importantes où dominait l'élément ecclésiastique, et qui eurent pour objet de concilier, autant que faire se pouvait, les deux législations canonique et civile [3]. Mais cette conciliation était une transaction, d'où les règles ecclésiastiques sortaient souvent faussées, et parfois la déviation était telle que les représentants de l'Église déclaraient ne pouvoir l'accepter : *Hoc ecclesia non recipit* [4].

Cette législation matrimoniale des Capitulaires se continue et se complète, tant que les Carolingiens légifèrent encore. On en trouve une application notable dans l'Édit de Pistes, que Launoy a signalée avec raison [5]; c'est une disposition qui annule les mariages contractés entre les personnes dépendant

1. *Lex Wisigothorum*, lib. III, *De ordine conjugali* (Walter, *Corpus juris germ.*, I, p. 465 et s.).

2. Voyez spécialement, outre les Capitulaires de Verberie et de Compiègne (Boretius, *Capitularia*, I, p. 37 et s.), presque entièrement consacrés à la réglementation du mariage, les dispositions suivantes, sur la prohibition du mariage entre parents : *Decretio Childeb.*, II, a. 596, c. II ; *Capitula missorum* (a. 813?), c. VI (Boret., I, p, 182); *Capitula cum Italiæ episc. deliberata*, c. IV (Boret., p. 202); *Capitulare missorum generale*, a. 802, c. XXXIV, XXXVIII (Boret, p. 97, 98) ; dispositions générales contre les adultères et les incestueux, *Capit. Baiwaricum* (a. 810?), c. V (Boret., p. 158).

3. On n'est point d'accord sur le caractère de ces deux capitulaires. Contiennent-ils la législation civile, ou seulement la réglementation ecclésiastique, l'intervention du pouvoir royal s'expliquant alors par ce principe, que, pour avoir force et vigueur même au point de vue de la discipline ecclésiastique, les canons des synodes devaient recevoir l'approbation du pouvoir royal? Voyez sur ce point Löning, *op. cit.*; Freisen, *Geschichte des canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenlitteratur*, p. 462, note 2.

4. *Decret. Vermeriense*, c. XVIII (Boret., p. 41).

5. Launoii, *Regia in matrimonium potestas*, Parisiis, 1674, p. 348.

d'un seigneur des pays occupés par les Normands et les personnes appartenant au reste du royaume [1].

De même que le pouvoir séculier conservait la législation, il conservait aussi la juridiction sur le mariage : il la conservera encore à la fin du IX^e^ siècle et au commencement du X^e^. Non seulement ce sont les juges séculiers qui peuvent seuls prononcer les peines afflictives et les confiscations par lesquelles les lois civiles sanctionnent leurs prohibitions en cette matière, mais ils prononcent aussi la nullité des mariages, même quand cette nullité résulte d'une prescription canonique adoptée par la loi civile [2]. Une formule nous montre un divorce par consentement mutuel qui s'accomplit devant le comte et les *boni homines* [3]. Il faut ajouter, que, conformément aux principes généraux de l'organisation judiciaire dans la monarchie franque, l'évêque souvent siégeait au tribunal à côté du comte, quelle

1. *Edictum Pistense*, XXX, XXXI (édit. Sirmond, p. 328) : « De adventiciis hujus terræ quæ a Nortmannis devastata est... ad seniorem suum unusquisque redeat... si autem de istis partibus in illis partibus femina maritum aut maritus feminam accepit, illud conjugium, quia non est legale neque legitimum, sicut Leo in suis decretis et sanctus Gregorius in suis epistolis monstrant, dissolvatur, et cujus vir fuerit vel femina, mancipium suum quæque potestas recipiat et suæ potestatis homini conjungere faciat. » Les textes canoniques auxquels se réfère ce passage sont ceux qui déclarent que « nuptiarum fœdera inter ingenuos sunt legitima et inter æquales. » Dans l'hypothèse, il s'agissait d'esclaves ou *homines potestatis*.

2 *Lex Bajuwar.* (édit. Merkel, *Leges*, III, p. 297 : tit. VII), le c. I édicte des prohibitions de mariage entre parents ou alliés, et le c. II ajoute : « Si quis contra hæc fecerit, *a loci judicibus separentur* et omnes facultates amittant quas fiscus acquirit. » Cf. *Lex Alaman.* (éd. Lehman, *Leges* V, I, p. 99), tit. XXXIX. — Concilium Turon., II (a. 567) ; Bruns, p. 227, c. XV : « Nam si ut supra dictum est, uxorem duxerit, excommunicetur, et de uxoris male sociatæ consortio *etiam judicis auxilio separetur* : quod si judex ad hoc solatium dare noluerit, excommunicetur, » — Cf. G. Salvioli, *La giurisdizione patrimoniale et la giurisdizione della Chiesa in Italia prima del mille*, Modena, 1884, p. 135 et s. ; Launoy, *op. cit.*, p. 318 et s.

3. Rozière, *Recueil des formules usitées dans l'empire des Francs*, n° 113 : « Dum inter illo et conjugem suam illam non caritas secundum Deum, sed discordia inter eos regnat et ab hoc ad invicem sibi adversantur, et minime possunt se habere, ideo venientes pariter illo mallo ante illum comitem vel reliquis bonis operibus (hominibus) placuit utriusque voluntates ut se a consortio separare deberent, quod ita et fecerunt. » Cf. n° 114.

que fût la cause en litige ; mais ce n'en était pas moins un tribunal séculier.

Mais, à côté de cette action des tribunaux séculiers pour l'application de la loi, l'Église continuait à exercer son action disciplinaire sur les fidèles à raison de leurs relations matrimoniales, comme à raison de leur autres actes pouvant intéresser le salut des âmes. Cette juridiction s'était précisée par la réglementation des conciles ; et elle avait un organe régulier dans les assises périodiques qui se tenaient sous le nom de *Synodus*, dans chaque province ecclésiastique, et, au-dessous, dans chaque diocèse [1]. Tout en restant disciplinaire, cette juridiction prit dans la monarchie franque un nouveau caractère ; elle fut exercée avec la connivence du pouvoir royal ; bien plus, par la volonté formelle de celui-ci, elle combina son action avec celle de la justice séculière et parfois se substitua à elle. Non point qu'elle supplantât cette dernière, mais dans les cas où la loi de l'Église et la loi civile concordaient, si l'Église intervenait la première et triomphait de la résistance des contrevenants, le juge séculier n'avait plus à intervenir. La juridiction ecclésiastique avait exercé comme une action préventive, qui rendait inutile et sans objet la répression légale. Si, au contraire, l'Église échouait et voyait s'émousser les armes spirituelles dont elle disposait, le pouvoir séculier intervenait nécessairement et prenait en main l'affaire. Ce rôle nouveau que joue l'Église est pour elle une conquête précieuse. Elle devient, non seulement par sa prédication morale, mais encore par sa juri-

2. Sur ce *synodus*, voyez : Concilium Vasense (a. 442), c. v, (Bruns, p. 128) ; Concilium Arelat., II (a. 443 ou 453), c. xxxi (Bruns, p. 133), c. xlviii (p. 134) ; Concilium Agathense (a. 506), c. xxv (Bruns, p. 151) ; Concilium Aurelianense, III (a. 538), c. xx, xxi (Bruns, p. 198). — Gregorius III episcopis Baioriariæ et Alemanniæ (2. 737-739) dans Jaffé, *Monumenta Moguntiana*, p. 103 : « Ut bis in anno pro salute populi christiani seu exhortatione adoptionis filiorum (*Rom.*, viii, 15) sinodalia debeant celebrari et causarum canonicarum examinatio provenire. » — Lettre de saint Boniface au pape Zacharie, *ibid.*, p. 114 : « Quia synodus et ecclesia in qua natus et nutritus fui, id est in transmarina Saxonia Lundunensis synodus... talem copulam et matrimonium maximum scelus... judicabant. » — Regino (vers 915) : *Libri duo de synodalibus causis*. Cf. Benedicti XIV, *De synodo diœcesana libri tredecim*.

diction propre, l'auxiliaire du pouvoir royal. Cette fonction se comprend aisément, étant donné le milieu dans lequel elle s'exerce. Elle s'explique par diverses causes qui se ramènent à un fait général : l'incapacité gouvernementale de la monarchie mérovingienne et carolingienne. Le pouvoir royal se sent de plus en plus incapable d'assurer partout l'ordre et la justice, et il sent en même temps la nécessité de les faire régner partout. Dès lors, il se décharge volontiers de cette tâche ; il sanctionne aisément les empiétements accomplis sur ses droits par des pouvoirs indépendants, qui se dégagent de l'anarchie, parce que ces empiétements sont en même temps pour lui une assistance et un soulagement. Que la justice règne partout, voilà son seul vœu, et il ne cherche point, avec une âpreté jalouse, à ce qu'on voie sa main partout. Il organise lui-même au besoin ces forces indépendantes, qui ne tiennent plus à lui que par un léger lien ; c'est ainsi qu'il favorise la constitution du seniorat, et qu'il crée les immunités ; c'est ainsi qu'il s'associe l'Église pour régir la société. Pour l'Église, d'ailleurs, il avait dû, dès les premiers jours, l'associer au gouvernement.

Lorsque l'empire d'Occident tomba, après avoir été démembré pièce à pièce, dans cet immense effondrement, un seul organisme resta debout, à peu près intact et plus fort que jamais : ce fut l'Église. Les nouveaux rois ne pouvaient gouverner sans elle, ni contre elle ; ils durent donc gouverner avec elle. C'est, en effet, ce qui se produisit. Dans la monarchie franque en particulier, qui s'était fondée avec l'alliance du clergé catholique, l'Église fut associée au pouvoir séculier, qui, en même temps, exerça sur elle une action puissante. A côté des officiers civils, les dignitaires du clergé tendirent de plus en plus à devenir une seconde classe de fonctionnaires, travaillant dans le même but, quoique par des moyens différents, et le but, c'était le maintien de l'ordre et de la justice. Cela est nettement visible, surtout sous les Carolingiens. Dans chaque *pagus*, le comte et l'évêque représentent deux autorités égales, qui coopèrent, se doivent une mutuelle assistance et exercent l'une sur l'autre une surveillance réciproque ; dans les tournées

des *missi*, ceux-ci, qui vont deux par deux, sont ordinairement un comte et un évêque ; dans les *placita*, à côté des ducs et des comtes siègent les évêques et les abbés. Le roi franc était d'ailleurs le chef reconnu de l'Église des Gaules, comme l'empereur byzantin était et devait rester le chef incontesté de l'Église orientale : il a des droit importants quant à la nomination des évêques ; les conciles nationaux se rassemblent par son ordre, et leurs décisions n'ont force obligatoire, même quant à la discipline ecclésiastique, que s'ils ont été approuvés par lui [1]. La papauté pendant des siècles ne fait aucun obstacle à l'exercice de ce pouvoir ; sous les Mérovingiens, son action est encore assez faible sur l'Église des Gaules, et, sous les premiers Carolingiens, elle est la protégée et la cliente de la monarchie franque [2].

Dans de semblables conditions il était naturel, inévitable, que la juridiction disciplinaire de l'Église prît une plus grande importance et un caractère nouveau. Elle s'exerça avec la connivence du pouvoir royal et, en grande partie, à son profit. Souvent, je l'ai indiqué, elle apparaît comme un succédané de la justice séculière ; plus souvent encore, comme un renfort et un complément de celle-ci. Pour tout acte de nature à troubler la société il y a dorénavant une double répression ; il y a deux procédures, qui fonctionnent indépendamment, et d'ordinaire cumulativement : la loi, d'un côté, et le *judicium publicum* ; la règle canonique, d'autre part, et le *judicium ecclesiasticum*. Les deux réglementations se soutiennent et concordent le plus souvent ; parfois elles peuvent se contredire, mais le danger n'est pas considérable, chacune d'elles devant rester sur son terrain propre. Cette dualité apparaît très nettement dans les Capitulaires ; l'Édit de Pistes en fournit par exemple de multiples et frappantes applications. Ceux qui refusent la bonne monnaie, le monnayeur qui en fait de la mauvaise, ceux qui usent de

1. Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. III, p. 416 et s. — *Secus* Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, II, p. 150.

2. Ce rapport est nettement exprimé dans la plupart des lettres des papes insérées au *Codex Carolinus*.

fausses mesures, sont spécialement signalés à la fois à la répression de la loi civile et à la répression ecclésiastique [1].

Cette double action, de nature diverse, s'appliquait notamment au mariage. Bien qu'on ait souvent soutenu le contraire, ni les lois des Mérovingiens, ni celles des Carolingiens ne donnèrent à l'Église la juridiction sur les causes matrimoniales [2]. Seulement, à raison du mariage, la juridiction disciplinaire de l'Église, grandie en autorité comme je viens de le montrer, put librement s'exercer, alors même qu'il existait entre ses principes et ceux de la loi civile des divergences qui, d'ailleurs, s'atténuaient de plus en plus. Par là même, une cause matrimoniale pouvait donner lieu à deux instances successives [3], aboutissant à des solutions diverses. Mais, lorsque les deux législations concordaient, le vœu habituel du pouvoir royal était que l'une des instances suffît à produire l'effet désiré. Lorsqu'un mariage était réprouvé à la fois par la loi et par les canons, les Capitulaires tendent à ne faire intervenir le juge que si l'intervention de l'évêque s'est trouvée impuissante à amener la séparation des époux. C'est le système de l'Édit de Childebert II, de l'année 596 [4]. C'est ce qui est indiqué

1. *Edict. pist.* (édit. Sirmond, p. 305), c. III : « Secundum legem mundanam ut perjurus puniatur, sicut in capitulari decessorum nostrorum continetur, in fine Capituli X ex tertio libro, et secundum legem ecclesiasticam publicæ pœnitentiæ subjaceat. » — C. XIII (p. 309) : « Manum perdat ut sacrilegus ac pauperum spoliator, publicæ pœnitentiæ judicio episcopali subjiciatur. » — C. XX (p. 315) : « Et sive liber, sive colonus vel servus de hoc convictus fuerit, post legalem emendationem episcopale judicium suscipiat. »

2. Dans ce sens Launoy, *Regia in matrimonium potestas*, p. 317 et s. — Sohm, *Die geistliche Gerichtsbarkeit im fränk. Reiche (Zeitschrift für Kirchenrecht*, t. IX, 193 et s.). — Löning, *op. cit.* II, p. 604. — Sdraleck, *Hinkmar von Rheims kanonistisches Gutachten über die Ehescheidung des Königs Lothar II*, p. 110 et s. — Salvioli, *op. cit.*, p. 135 et s.

3. Launoy, *op. cit.*, p. 336 : « Apud Carolum et Flodoardum duobus Balduini contra duo genera legum peccatis duæ quoque judicum sententiæ respondent... legale seu civile judicium matrimonii contractum et impedimentum dirimens respicit; ecclesiasticum vero canonum violationem ulciscitur. » — Salvioli, *op. cit.*, p. 137.

4. *Childeberti decretio* (Boretius, p. 15), c. II : « Decrevimus ut nullus incestuosum sibi societ conjugio, hoc est nec fratris sui uxorem, nec uxoris suæ sororem, nec uxorem patrui aut parentis consanguinei. Uxorem patris si quis

en termes généraux par les décisions du synode de Leptine [1]. C'est ce qui est confirmé par divers Capitulaires de Charlemagne ou de Louis le Débonnaire [2]. Il n'y a point là une dépossession de la justice séculière au profit de la juridiction ecclésiastique ; il y a seulement la combinaison de deux actions qui sont l'une et l'autre, sous l'autorité du pouvoir royal, au service de la société.

Mais l'Église ne devait pas en rester là; elle devait conquérir, on le sait, la juridiction proprement dite et exclusive en matière de mariage. Quand cela se produisit-il? Ce résultat n'était point acquis encore à la fin du IX$_e$ siècle; les choses alors étaient encore dans l'état que je viens de décrire. Cependant, c'est là un point assez vivement contesté, et il est, par conséquent, utile de l'établir.

La preuve résulte d'abord du témoignage d'Hincmar de Reims dans divers de ses écrits. En première ligne figure le mémoire qu'il composa en 860, à la demande d'un synode de Tousy, sur le mariage de Stéphane avec la fille du comte Regimund. L'époux avait régulièrement reçu la jeune fille des mains de son père par une *desponsatio* [3] ; mais après coup il

acceperit, mortis periculum incurrat. De præteritis vero conjunctionibus, quæ incestæ esse videntur per prædicationem episcoporum jussimus emendare. Qui vero episcopo suo noluerit audire et excommunicatus fuerit, perenni condemnatione apud Deum sustineat, et de palatio nostro sit omnino extraneus et omnes res suas parentibus legitimis amittat, qui noluit sacerdotis sui medicamina sustinere. » On peut se demander seulement si le renvoi qui est fait ici à la juridiction épiscopale s'applique à l'avenir ou seulement au passé. Les termes *de præteritis vero conjunctionibus* ne sont pas fort clairs; on peut les entendre en ce sens que les mariages incestueux, antérieurs à la loi nouvelle qui les prohibe, sont seuls renvoyés à la connaissance exclusive des évêques, parce que la loi civile ne les atteint pas.

1. C. III (Boret., p. 28) : « Similiter præcipimus ut juxta decreta canonum adultera et incesta matrimonia, quæ non sint legitima, prohibeantur et emendentur episcoporum judicio. »

2. *Cap. Aquisgran.*, 802, c. XXXIII, XXXV (Boret., p. 67); *Capit. episcop.*, 780-790 (Boret., p. 189); *Cap. excerpta*, 826, c. XIII (Pertz, p. 253); *Cap. pro lege tenenda*, 829, c. III (Pertz, 313). Bened. Levita, V, 9.

3. *De nuptiis Stephani et filiæ Regimundi comitis* (*Opera*, édit. Sirmond, II, 647) : « Regimundus filiam suam præfato Stephano legaliter ad conjugii copulam dederit... legaliter filiam suam nuptam tradidit. »

avait ressenti des scrupules, ayant eu auparavant, à ce qu'il disait, des relations charnelles avec une parente de sa fiancée. Il n'avait point osé cependant violer la foi des fiançailles, et, après avoir fait traîner les choses en longueur, il avait fini par prendre sa femme dans sa maison; mais il n'avait point consommé le mariage [1]. C'est en cet état qu'il porta la question devant les évêques, rassemblés en synode. Yves conclut, au point de vue canonique, à la nullité du mariage et à la *separatio* des époux; mais il se garda bien de revendiquer pour l'Église une compétence exclusive en cette affaire. Il réserve au contraire expressément le droit de la justice séculière, qui doit examiner la même question à son propre point de vue [2]. On conteste cependant la portée de ses paroles [3] : en particulier, on soutient qu'en réservant le *civile judicium* Hincmar ne songe qu'au règlement concernant les rapports des époux quant aux biens. Dans cette instance civile, il doit être question, en effet, de la *dos* de la femme; bien qu'Hincmar propose une solution à cet égard [4], c'est certainement un des points réservés au *judicium civile*. Mais ce n'est pas le seul. Ce *judi-*

1. *Op. cit.*, p. 647 : « Sed ipse non illa utatur ut conjuge, eo quod, ut fatetur, cum aliqua ejusdem puellæ propinqua quondam carnali commercio se miscuerit. »

2. *Op. cit.*, p. 649 : « Et hanc causam rex cum nobilibus viris inter viros nobiles pacificare procuret : vos autem episcopali auctoritate et canonica diffinitione eam dirimere, et ad debitum atque salubrem terminum studeatis perducere. » *Ibid.* : « In quibus *nihil de civili judicio, cujus cognitores non debemus esse episcopi*, ponere, sed quæ ecclesiasticæ definitioni noscuntur competere, quantum occurrit memoriæ, breviter studui annotare. » Cf. Sdraleck, *op. cit.*, p. 110 et s. Löning, *op. cit.*, II, p. 627, note 2.

3. Schrörs, *Hinkmar Erzbischof von Reims*, 1884, p. 499 et s. Schrörs se fonde ur le mot *pacificare* pour contester que, dans le premier passage cité à la note précédente, il s'agisse d'un jugement véritable, auquel le roi procéderait, p. 503. Mais à cette époque, peut-être en droit et sûrement en fait, quand il s'agissait d'hommes puissants, pour qu'un jugement reçût exécution, il fallait qu'il fût accepté par les parties. Le synode lui-même avait d'avance fait promettre à Stéphane qu'il accepterait la décision des évêques; *op. cit.*, p. 649. — Sur l'interprétation des textes d'Hincmar en cette matière, voyez aussi : Sohm, *Zeitschrift für Kirchenrecht*, t. XVII, p. 175 et s.; Scherer, *Archiv für atholisches Kirchenrecht*, t. XIV, p. 471 et s.

4. Son idée, c'est que, si la femme n'a pu gagner sa *dos*, car il faut pour

cium portera surtout sur la question de savoir si Stéphane doit la *multa sponsaliorum* [1]. Quelle était cette *multa*? Ce n'était sûrement pas la composition due par le fiancé qui refusait de prendre pour femme celle qu'il avait *desponsata*, car dans l'espèce, il y avait eu non seulement *desponsatio* mais *nuptiæ celebratæ* [2]. Il s'agit là de l'amende due par le mari qui répudie sa femme sans motif. Cette *compositio*, qui est nettement fixée dans plusieurs *Leges* [3], existait sans doute aussi dans la coutume des Francs, et par là même nous voyons clairement que, d'après la loi civile, la répudiation existait encore à cette époque, le divorce sans cause donnant lieu seulement à une amende au profit des parents de la femme. La répudiation de la femme par le mari était ici le seul moyen par lequel, aux yeux de la loi civile, pût être dissous le mariage de Stéphane ; car la parente de sa femme, que celui-ci avait connue avant son mariage, était sans doute une parente éloignée, et l'on ne se trouvait pas dans l'un des cas où les Capitulaires avaient édicté la nullité du mariage entre alliés. D'ailleurs, le fait lui-même n'était pas établi, Stéphane se refusant à faire connaître la personne dont il s'agissait. Le divorce admis par la loi civile ne soulevait ici aucune objection de la part de l'Église, car les principes canoniques permettaient d'un autre côté de considérer dans ce cas le mariage comme nul, ou tout au moins comme soluble.

En définitive, dans cette affaire, la juridiction civile, dont

cela la *copula carnalis* entre les époux, cela provient non de son fait, mais du fait du mari ; par suite, il est juste qu'on lui laisse néanmoins cette *dos* et qu'elle lui reste pour toute composition, *op. cit.*, p. 658.

1. *Op. cit.*, p. 658 : « Quia Stephanus si sponsaliorum fidem fregisset secundum legem civilem multam eorumdem sponsalium judicaretur componere... quam multam si dissoluto dotalitio puellæ parentes exigere maluerint, aut utraque indulgere, vel utraque reposcere, ipsi viderint et legibus civilibus eorumque pacificationi exinde conveniat. »

2. *Op. cit.*, p. 658 : « Si dos manebit et desponsalia atque celebratæ nuptiæ non negantur. »

3. *Lex Bajuw.*, VIII, 14 : « Si quis liber liberam uxorem sine aliquo vitio per invidiam dimiserit, cum quadraginta et octo solidis componat parentibus. » *Pact. Alaman.*, III, 3; *Lex Burgund.*, XXXIV, 2; *Lex Wisigoth.*, III, 6, 2. Cf. Freisen, *op. cit.*, p. 779.

Hincmar reconnaissait et respectait la compétence, devait statuer directement sur l'existence et la dissolution du mariage, constatant la validité de la répudiation, mais la punissant d'une amende, parce qu'elle n'avait pas de motif suffisant au point de vue de la loi civile.

D'autres passages d'Hincmar confirment ce résultat. Dans son écrit célèbre sur le divorce de Lothaire et de Tietberge, il définit au mieux, en matière de mariage, le rôle respectif de loi civile et de l'Église [1]. Là même il va plus loin encore sur un point, quant aux limites séparatives des deux juridictions. Il s'agissait dans l'espèce d'un inceste, antérieur à son mariage avec Lothaire, imputé à Tietberge. Hincmar prétend que les évêques ne peuvent en connaître, parce que le crime n'est ni avoué ni établi par des témoins, et que l'accusation repose sur un simple soupçon [2]; il renvoie donc la cause tout d'abord au jugement des gens mariés [3] qui pourront prononcer la séparation des époux. Il rapporte, à cet égard, un précédent remarquable qui s'était passé, sous Louis le Débonnaire, au palais d'Attigny, dans un plaid et synode général, auquel assistait même un légat du pape. Là une noble femme, nommée Northilde, vint se plaindre à l'empereur de son mari

1. *De divortio Lotharii et Tetbergæ* (Migne, *Patrologie*, t. CXXV, p. 653) : « Si autem et lege civili justa ac Domino præcepto concordante propter fornicationis peccatum, quod humanæ fragilitati solet subripere, conjuges fuerint separati, episcopalis curæ quæsierint medicinale consilium ut sciat episcopus quomodo, juxta qualitatem et quantitatem vulneris modum ac virtutem, adhibere debeat curationis medicamentum. »

2. *Op. cit.* (Migne, t. CXXV, p. 653) : « Judicio autem ecclesiastico, id est separatione a communione ecclesiæ, vel a gradu, vel a consortio conjugali neminem rationabiliter possunt (sacerdotes) secernere nisi de criminibus aut publice sponte confessum aut aperte convictum. »

3. *Op. cit.*, p. 654 : « Sed quia de separatione viri et uxoris nunc agitur, quæ non fit amore perpetuæ continentiæ, nec adhuc aperto ut dicitur crimine, sed quadam suspicione, necesse est ut per illius ordinis viros, videlicet per conjugatos hæc ratio ventiletur et secundum leges Christianas a Deo dispositas æquissimo examine judicetur ac terminetur. » *Ibid.*, p. 735 : « Unde omnimodis observandum ut ne concubinæ vel cujuslibet feminæ copulam conjugalem rex... aliquo modo expetat antequam *legali illustrium virorum judicio et sacerdotali decreto*, conjux quam legaliter accepit ipso etiam conjugis nomine judicetur indigna. »

Agembert, *de quibusdam inhonestis inter se et virum suum.* L'empereur l'adressa à l'assemblée particulière des évêques, mais ceux-ci ne voulurent point se saisir de la cause et la renvoyèrent à leur tour à la juridiction séculière, se réservant, après le jugement rendu par celle-ci, d'exercer, s'il y avait lieu, la discipline ecclésiastique. Ce jugement des évêques plut fort aux laïques dont il respectait les droits [1]. S'il n'est pas possible de préciser absolument le fond de ce procès, il est clair cependant qu'il s'agissait d'une cause matrimoniale *lato sensu*, probablement d'une demande en divorce ou en séparation de la part de la femme.

Hincmar, on le voit, reconnaît la compétence des juges séculiers quant au mariage, mais en même temps il cherche d'un autre côté à limiter leur pouvoir. Ils doivent selon lui appliquer les lois chrétiennes [2] et n'admettre avec l'Église que deux causes de *separatio* [3]. Mais cette dernière doctrine ne répondait point à la pratique : Hincmar lui-même en fait en quelque sorte l'aveu. Parlant des maris qui tuent ou font tuer leurs femmes sur un simple soupçon d'adultère, souvent pour pouvoir librement prendre une concubine ou se remarier, il s'écrie : « Qu'ils se défendent tant qu'ils voudront en invoquant

1. *Op. cit.*, p. 655 : « Sed episcoporum generalitas ad laïcorum et conjugatorum eam remisit judicium, ut ipsi inter illam et suum conjugem judicarent, qui de talibus negotiis erant cogniti, et legibus sæculi sufficienter præditi, eorumque legalibus judiciis eadem femina se subjiceret, et quod de quæstione sua decrevissent sine repetitione teneret : si vero crimen aliquod esset, inde pœnilentiæ modum, post illorum judicium, ab episcopali auctoritate deposcerent, secundum quod sacri canones præfixerunt, ei imponere non negarent. Nobilibus autem laïcis sacerdotalis discretio placuit, quia de suis conjugibus eis non tollebatur judicium, nec a sacerdotali ordine inferebatur legibus civilibus præjudicium, et legem proclamationi feminæ protulerunt, ac legali judicio quæstione terminum contulerunt. » — Cf. Launoy, *op. cit.*, p. 350.

2. Voyez le passage cité, p. 20, note 3.

3. *Op. cit.*, p. 655 ; « Sic et hanc causam, quæ de personis excellentissimis ventilatur, in medium judicii sui devocent (laici), et secundum quod viderint æquitatis judicio convenire dijudicent : hoc solertissime cognoscentes, quia legaliter initum conjugium nulla potest ratione dissolvi, nisi, ut præmisimus, conjuncta separatione spiritali, aut manifesta confessione vel aperta convictione ex corporali fornicatione. »

soit les lois séculières, s'il y en a, soit les coutumes du monde ; mais, s'ils sont chrétiens, qu'ils sachent bien qu'au jour du jugement ils seront jugés non d'après les lois romaine, salique ou gombette, mais d'après les lois divines et apostoliques[1].

D'autres documents de la même époque confirment ce que nous ont appris les écrits d'Hincmar, par exemple ceux qui se rapportent à une cause célèbre de ce temps-là, le mariage de Beaudouin avec Judith, la fille de Charles le Chauve. Après avoir perdu son premier mari Edinulf, roi des Angles, celle-ci était retombée sous le *mundium* de son père. Elle se laissa séduire par le comte Beaudouin et s'unit à lui, sans avoir obtenu le consentement paternel ; ce fait donna lieu à une double répression : le *legale judicium*, d'une part, et le *judicium ecclesiasticum*, d'autre part[2]. Les coupables s'adressèrent au pape Nicolas, qui intercéda pour eux auprès de l'Empereur : nous avons de lui trois lettres sur cette affaire ; et il semble bien reconnaître au pouvoir séculier le droit de statuer sur la validité de ce mariage[3]. Lorsque le pardon leur fut accordé, satisfaction fut donnée aux exigences de la loi civile comme aux prescriptions canoniques[4].

Enfin, je citerai un canon du concile de Tribur de l'année 895. Il s'agit de mariages contractés entre personnes appartenant par leur naissance à des races différentes. Selon toutes les *Leges barbarorum* la *desponsatio* de la fiancée était l'une

1. *Op. cit.*, p. 658 : « Defendant se quantum volunt qui ejusmodi sunt, sive per leges, si ullæ sunt, mundanas, sive per consuetudines humanas. Tamen si Christiani sunt, sciant se in die judicii nec Romanis, nec Salicis, nec Gundobadis, sed divinis et apostolicis legibus judicandos. Quanquam in regno Christiano etiam ipsas leges publicas oporteat esse Christianas, convenientes videlicet et consonantes Christianitati. »

2. *Caroli Calvi capit.*, xxx, 5 (Sirm., p. 282) : « Filiam nostram Judith viduam secundum leges divinas et mundanas sub tuitione ecclesiastica et regio mundeburde constitutam, Balduinus sibi furatus est in uxorem, quem post legale judicium episcopi regni nostri excommunicaverunt. »

3. Sur ce fait, voyez Launoy, *op. cit.*, p. 336 et s.

4. Hincmar, *ad Nicolaum papam... de Balduini et Judith conjunctione*, *Opera*, éd. Sirmond (II, p. 245) : « Post quæ voluimus... ut juxta ecclesiasticam traditionem prius Ecclesiæ quam læserant satisfacerent, et sic demum quod præcipiunt jura legum mundalium exequi procurarent. »

des conditions essentielles du mariage légitime; mais les conditions de forme ou même de fond, quant à cette *desponsatio*, variaient selon les *Leges* diverses et, en vertu du système de la personnalité des lois qui régnait alors, il était souvent délicat de déterminer d'après quelle loi elle devait se faire; fallait-il se conformer en cela à la loi de la fiancée ou à celle du fiancé? Pour plus de sûreté, il semble qu'on ait donné d'ordinaire satisfaction à l'une et à l'autre. Mais, si cette précaution n'avait pas été prise, la nullité du mariage pouvait en résulter. Le Concile décide que ce résultat ne doit point être admis par l'Église, que celle-ci doit employer les moyens dont elle dispose pour maintenir de semblables unions. Mais comment s'y prendra-t-elle? Elle fera compléter ce qu'il y avait d'incomplet dans la *desponsatio*[1]. La seule manière d'assurer validité à ces mariages, c'est de respecter quant à leur formation toutes les règles de la loi civile. N'est-ce pas la preuve manifeste que c'est la loi civile appliquée par la juridiction séculière qui statue sur cette question de validité? Si l'Église avait été seule juge en ce cas, elle eût simplement déclaré que le consentement ayant été donné, peu importait la forme sous laquelle il s'était manifesté : c'est bien en ce sens que sera retouchée la décision du concile de Tribur, lorsqu'elle passera dans l'*Appendix* du concile de Latran, et de là dans les collections de Décrétales[2].

1. Concilium Tribur., c. 39 (Labbe, *Concilia*, IX, p. 460) : « Quicumque alienigenam hoc est alienæ gentis feminam (verbi gratia Francus mulierem Bajoricam) utrorumque consultu propinquorum legitime vel sua vel mulieris lege acquisitam in conjugium duxerit, velit, nolit, tenenda erit, nec ultro ab eo separanda, excepta fornicationis causa. Quamvis enim, ut Apostolus ait (*ad Ephes.*, c. IV) unus Dominus, una fides, unum baptismum commune sit nationi, legem tamen habent diversam et quantum ad seculum interdum longe disjunctam : quare si unus e duobus unam carnem in duas dividere et copulam nuptialem machinetur disjungere, dicendo non secundum suæ gentis legem jura matrimonii contraxisse, et idcirco separari posse canonica institutione : diffinimus et nostro omniumque orthodoxorum judicio *statuimus ut quod legis imperfectum sit perficiatur et jus matrimonii nequaquam resolvatur.* »

2. C. I, X, *De spons.*, IV, 1 : « De Francia quidam nobilem mulierem de Saxonia lege Saxonum duxit in uxorem : verum quia non eisdem utuntur legibus

Il est remarquable que ni les faux Capitulaires ni les Décrétales pseudo-isidoriennes ne contiennent l'affirmation de la compétence générale et exclusive des juridictions ecclésiastiques en fait de mariage. Pseudo-Isidore ne fournit à cet égard aucun renseignement, et Benedictus Levita ne relève que deux points. C'est, d'une part, la poursuite et la répression des incestes, mais dans les conditions où l'avait organisée la législation authentique des Capitulaires[1]. D'autre part, il s'agit de la célébration publique du mariage, telle qu'avait cherché à l'imposer la législation de Charlemagne[2]. Benedictus Levita déclare expressément que celui qui veut contracter mariage doit d'abord aller trouver le prêtre, et que ce dernier doit faire une enquête pour établir qu'il n'existe aucun empêchement; si tout est régulier, il peut alors être procédé au mariage. Cela implique certainement pour le prêtre le pouvoir de refuser l'autorisation, et par là même une certaine juridiction[3]; mais il n'y avait encore là que l'action préventive de l'Église utilisée par le pouvoir royal, et l'on ne voit pas, même dans Benedictus Levita, que le mariage conclu sans l'observation de ces formalités ait été considéré comme nul.

Tout ce système subsistait encore à l'époque ou Regino écrivait son livre (vers 906); car il y a inséré des textes qui en

Saxones et Francigenæ, causatus est quod eam non sua, id est Francorum lege, desponsaverat, dimissaque illa aliam superduxit. Diffinivit super hoc sancta synodus ut ille transgressor Evangelicæ legis subjiciatur pœnitentiæ et a secunda conjuge separetur et ad priorem redire cogatur. »

1. Benedict. Levita, V, 3, 304. 165; VI, 71, 266, 409, 419; VII, 433, 435. Cf. Scherer, *Ueber das Eherecht bei Benedict Levita und Pseudo-Isidor*, Graz, 1879, p. 39.

2. Capitular., ann. 803, C. 35 (Boret., I, 95).

3. Benedict. Levita, VII, 179 : « Sed prius conveniendus est sacerdos in cujus parochia nuptiæ fieri debent, in Ecclesia coram populo. Et ibi inquirere una cum populo ipse sacerdos debet si ejus propinqua sit aut non, aut alterius uxor, alii sponsa vel adultera. Et si licita et honesta omnia pariter invenerit, tunc per consilium et benedictionem sacerdotis et consultu aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitime dotare debet... Sed postquam ista omnia probata fuerint et nihil impedierit, tunc si virgo fuit, cum benedictione sacerdotis, sicut in sacramentario continetur, et cum consilio bonorum hominum publice et non occulte ducenda est uxor. » Cf. Scherer, *op. cit.*, p. 26, 23, 24.

supposent l'application : par exemple le c. CXI placé dans la section où il est traité du mariage [1].

Jusqu'ici l'Église n'est pas sortie de ce premier état, dans lequel elle n'exerce sur les mariages que son action disciplinaire. Mais elle en est arrivée à exercer cette action, pleinement, librement, officiellement, même sur les points où la réglementation canonique est en divergence avec la loi civile. Elle l'exerce sur le mariage des plus grands seigneurs, sur les mariages des rois et des reines. La concurrence qu'elle fait à la juridiction séculière, tantôt pour sanctionner les lois civiles, tantôt pour les corriger, tend peu à peu à déposséder celle-ci.

III

Le système complexe que je viens de décrire était destiné à disparaître. La dualité devait faire place à l'unité; le pouvoir séculier devait perdre et l'Église conquérir pleinement la juridiction sur le mariage. Il est difficile de déterminer la date de cette transformation, comme de toutes celles que produisent à elles seules la coutume et la jurisprudence; car pour l'opérer aucune loi n'intervint. M. Salvioli, songeant surtout à l'Italie, la place au milieu du x[e] siècle [2], et c'est le seul auteur, à ma connaissance, qui ait tenté de préciser ce point. Je crois qu'en France c'est aussi à la même époque que s'accomplit définitivement cette révolution [3].

Quelles en furent les causes? M. Salvioli n'en voit pas

1. Ce texte dont la première partie a été citée plus haut, p. 10, note 1, se termine ainsi : « Si autem in seculari judicio, id est in comitis placito, causa prius fuerit ventilata, secundum legem mundanam finiatur, salvo ecclesiastico legis privilegio. »

2. Salvioli, *op. cit.*, p. 141 : « Ma la separazione fra le due leggi non poteva durare, e cessar doveva l'antagonismo creato dal tribunale ecclesiastico contra il laico. Le incessanti disposizioni dei Concilii sui divorzi, gli incesti, e gli adulteri, sui gradi di parentela ecc., constituorono verso la metà del secolo x una legislazione matrimoniale che se sostitui alla civile. Il diritto canonico venne a regolare queste materie e il sinodo e il vescovo furono i soli competenti a giudicare dei divorzi, degli adulteri, degli incesti. »

3. Au commencement du x[e] siècle elle n'est pas encore accomplie; cela ré-

d'autres que le caractère profondément chrétien de la société et la gêne qu'entraînait la dualité des juridictions [1]. Il y en eut une autre plus profonde ; ce fut l'affaiblissement définitif du pouvoir royal au cours du x[e] siècle. Alors le droit de rendre la justice, qui depuis longtemps n'était plus exercé sans partage par le pouvoir royal, mais qui jusque-là se rattachait toujours à lui par une certaine dépendance, en quelques mains qu'il se trouvât, se désagrège définitivement. Les autorités indépendantes, qui, dans certaines matières ou à l'égard de certaines personnes, en avaient reçu la délégation ou l'avaient usurpé en fait, dorénavant le revendiquent comme un droit propre. Les juridictions particulières, qui jusque-là n'apparaissaient que comme un succédané de la justice publique, tendant simplement à fournir une satisfaction qui rendait inutile le recours à celle-ci, dorénavant s'établissent à sa place et affirment leur compétence, exclusive de la sienne. La coutume, la grande créatrice du droit au moyen-âge, sanctionne cet état nouveau, contenu en germe dans l'état précédent. C'est ainsi que les juridictions des *potentes* et celles des immunités qui représentaient des succédanés de la justice publique, deviennent les justices seigneuriales hautes ou basses ; c'est par le même phénomène que les juridictions ecclésiastiques constituent leur compétence nouvelle, et spécialement leur compétence quant au mariage, et le système juridique qui triompha avec la juridiction ecclésiastique, ce fut, bien entendu, le droit canonique.

Si le pouvoir royal n'avait point subi ces derniers affaiblissements, si cette anarchie d'où sortit la féodalité ne s'était point développée, il est vraisemblable, sinon certain, que

sulte des textes cités plus haut et contenus dans le livre de *Regino*, et d'autre part les documents du xi[e] siècle nous montrent l'Eglise en pleine possession de sa compétence quant aux causes matrimoniales.

1. Salvioli, *op. cit.*, p. 141 : « Non era possibile in quella società Christiana, anzi chiesastica, che la famiglia fosse disputata fra il foro secolare e l'ecclesiastico : uno doneva vincere, e trionfo quell' autorita che era in possesso de tutti li armi spirituali. La resa del potere secolare avvenne quasi spontaneamente, senza quelle lotte che sostennere i chierici condannati dei papi al celibato. »

l'évolution eût été différente. Ce qui permet de le croire, c'est l'exemple de l'Église orientale. Là l'union intime se maintint entre l'Empire et l'Église, l'Empereur byzantin étant le chef de l'une aussi bien que de l'autre. Le droit du mariage fut réglé à la fois par les canons de l'Église et par les lois de l'Empire, combinés et fondus dans un système unique[1], la législation de l'État étant respectueusement accueillie par l'Église. D'autre part, non seulement l'Empereur exerça le droit d'accorder des dispenses en fait de mariage[2] et de statuer comme juridiction souveraine sur les causes matrimoniales[3], mais de plus, pendant des siècles, les tribunaux chargés de juger ces causes furent composés mi-partie d'ecclésiastiques et de laïcs[4]. C'est seulement en 1086 que la bulle d'or d'Alexis Comnène Ier attribua aux évêques la connaissance des causes matrimoniales en tant que causes spirituelles, et cette concession ne paraît pas avoir modifié sensiblement en fait l'état de choses antérieur[5].

La situation fut à peu près la même dans les pays slaves, évangélisés par l'Église orientale, et rattachés à elle au point de vue religieux. Ainsi en Russie, après la réception du christianisme, les juridictions ecclésiastiques acquirent une compétence très étendue : « L'Église avait compétence non seulement pour les causes esclésiastiques, mais encore pour des causes civiles. D'après le Nomocanon, et d'après les lois de Vladimir, de Jaroslav et autres princes, presque toutes les

1. Zhishman, *op. cit.*, p. 179 et s.; 183, 191.
2. Zhishman, p. 715, 716.
3. Zhishman, p. 190.
4. Zhishman, p. 189.
5. Zhishman, p. 190. Voici le passage topique de la bulle (Zachariæ, *Jus græco-romanum*, III, 467) : Τά μέντοι ψυχικὰ ἅπαντα καὶ αὐτὰ δὴ τὰ συνοικέσια, παρὰ τῶν ἀρχιεπισκόπων καὶ ἐπισκόπων ὀφείλουσι κρίνεσθαί τε καὶ ἐκβιβάζεσθαι. Après avoir indiqué la concession contenue dans la bulle d'Alexis, Zhishman ajoute, p. 190 : « Denn auch später wird in der Novelle des Kaisers Andronicus III Palæologus des Jungeren v. J. 1329 gefordet dass in jeder der in den Provinzen eingesetzten Commissionen (καθολικοὶ κριταί) welche gleichfalls über die eherechtlichen Fragen zu entscheiden hätten, wenigstens ein Bischof Mitglied sein müsse. »

causes concernant la famille relevaient du tribunal civil de l'Église, par exemple les mariages, les divorces, les actions entre parents et enfants, les affaires concernant les successions et les tutelles, l'exécution des legs pieux, le partage des biens héréditaires[1]. » Mais cela résultait d'une concession formelle des princes chrétiens, et cette juridiction s'exerçait à peu près dans les mêmes conditions que dans l'empire byzantin. « Pour l'expédition de toutes les causes il existait auprès des évêques des tribunaux spéciaux composés de juges ecclésiastiques et laïques[2]. » C'est seulement dans les *Stoglaff* de 1551 qu'on divisa exactement la cour de l'évêque en « ecclésiastique » et « séculière. »

Quoi qu'il en soit de ces questions délicates, il est certain que, jusqu'au x^e^ siècle, la juridiction de l'Église sur les mariages se présente en Occident comme une juridiction purement disciplinaire. Je n'ai pas craint d'insister sur ce caractère, car sur bien des points le développement du droit canonique en cette matière s'explique uniquement par là. Pour beaucoup des théories juridiques qui régissent le mariage canonique, l'idée de répression disciplinaire se trouve à leur racine même. Par suite, pour certaines périodes, ce qui représente le plus exactement le droit canonique appliqué en ces matières, ce sont les documents qui nous montrent l'application pratique de la discipline ecclésiastique. Les *libri pœnitentiales* qui acquirent une si grande autorité, d'abord dans l'Église d'Irlande et de Bretagne, puis dans toutes les Églises d'Occident, sont au premier rang parmi ces documents. Mieux que les canons des conciles, ils nous apprennent comment était appliquée par l'Église la réglementation du mariage; lorsqu'ils sont en contradiction avec ces derniers, ce sont eux qui représentent le véritable droit pratique.

L'Église, possédant sans partage la juridiction sur les causes matrimoniales, avait, du même coup et dans la même mesure, conquis le pouvoir législatif quant au mariage : jugeant en

1. Biélaieff, *Lektzii po istorii ruskaho zakonodatelsva*, Moscou, p. 97.
2. *Ibid.*, p. 97.

vertu d'un droit propre et dans une complète indépendance, elle n'appliquait que les lois qu'elle avait faites ou adoptées comme siennes. Elle devait conserver intacts ce pouvoir et cet empire jusqu'au XVI^e^ siècle. Pendant plus de cinq siècles, ces droits seront effectivement exercés par elle dans toute l'Europe occidentale et ne lui seront pas véritablement contestés. Pendant ce long espace de temps, sa juridiction sera universellement respectée, sauf quelques excroissances, dont je parlerai bientôt. La législation séculière, qui, d'une façon générale, cesse de fonctionner dans la plupart des pays d'Occident du X^e^ au XII^e^ siècle, n'entreprendra point sur la réglementation du mariage. Lorsqu'elle reprendra son activité, si parfois elle touche à cette matière, comme en Espagne par exemple [1], ce sera pour organiser une réglementation complémentaire de celle de l'Église, mais en parfait accord avec elle. C'est vraiment l'âge classique du droit canonique, en matière de mariage surtout; c'est alors que, par la force des choses, il se complète, se coordonne et devient un véritable système juridique.

Par cet avènement au plein pouvoir sur les mariages l'Église fut fatalement conduite à construire une législation matrimoniale, systématique et complète, que jusque-là elle n'avait point possédée en propre. Tant qu'elle n'avait exercé qu'une réglementation parallèle à celle de la loi civile, elle n'avait eu qu'une réglementation fragmentaire. Elle avait édicté des règles sur certains points qui lui paraissaient particulièrement importants et où le triomphe de certaines idées lui tenait à cœur; pour le surplus, elle renvoyait à la loi civile et n'intervenait pas. Du jour où elle fut seule à statuer sur la valeur des mariages, elle dut avoir des solutions pour toutes les questions; elle dut construire un système complet. Par la puissance des traditions, par la force même des choses, elle en emprunta, en partie, les éléments à la législation séculière. Elle emprunta surtout à la loi romaine, qui était restée la loi de l'Église depuis la chute de l'empire d'Occident, et qui reprenait une vie nou-

1. Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwickelung*, p. 72 et s.

velle par le mouvement scientifique des XIe et XIIe siècles, au moment même où se fixait le droit canonique. Elle puisa aussi dans les coutumes, et par là même au fonds germanique qui, partiellement, avait servi à les constituer. Mais, rarement, le droit canonique conserva sans altération ces éléments d'emprunt; le plus souvent, il les transforma, non pas au point de les rendre méconnaissables, mais assez profondément pour leur donner un sens nouveau et une autre portée. Des éléments pris à un fonds plus ancien entrèrent aussi dans la combinaison, certaines règles de la loi juive contenues ou visées dans les Écritures imposèrent leur autorité. Généralement, ces règles ne furent point appliquées dans leur sens vrai et original, que l'on ignorait le plus souvent. Elles furent prises à la lettre, isolées de l'ensemble dont elles faisaient partie; on en tira des déductions au moyen de la pure logique. Quelques-unes des théories originales du droit canonique ont leur source première dans une semblable interprétation. On concevra aisément qu'un système aussi composite a été le produit de la doctrine et de la jurisprudence beaucoup plus que de la législation. Cela est vrai, d'ailleurs, de la plupart des théories canoniques.

Ayant conquis la juridiction sur les causes matrimoniales proprement dites, l'Église, par une tendance naturelle, chercha à étendre sa compétence dans un rayon plus large. Ce qu'elle devait logiquement revendiquer d'après ses principes, c'était le jugement sur l'existence ou l'inexistence, la validité ou la nullité du mariage : ce sont les causes qui mettent en jeu le lien conjugal, le *fœdus matrimonii*; c'est à celles-là que plus tard elle limitera ses prétentions [1]. Mais elle ne s'en tint pas là au moyen âge. Elle connut également de la séparation

1. Le concile de Trente proclama bien en termes généraux le principe de la compétence ecclésiastique. *Sessio XXIV. De sacramento matrimonii*, can. 12 : « Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad judices ecclesiasticos : anathema sit. » Mais dans la discussion, un assez grand nombre d'orateurs apportèrent des restrictions. Voyez dans A. Theiner, *Acta genuina SS. œcumenici concilii Tridentini*, Zagrabiæ, 1874, les orateurs suivants : *Larinensis*, II, 324; *Gaditanus*, II, 330; *Oppidensis*, II, 331; *Assaphensis*, II, 335; *Civitatensis*, II, 361.

de corps, *divortium quoad torum*, ce qui d'ailleurs était logique, et de la séparation des biens, même principale [1]. Elle connut des relations pécuniaires entre les époux, et, spécialement, de la dot et du douaire [2]. Elle connut des questions de légitimité, la conception en légitime mariage étant une condition de celle-ci [3]. Elle connut du délit d'adultère. Cette seconde zone fut occupée par un procédé des plus simples ; c'étaient là des dépendances accessoires du mariage, des conséquences qui en découlaient, et l'accessoire devait suivre le principal [4]. Cependant, en France, les juridictions ecclésiastiques ne paraissent avoir connu des conventions matrimoniales que concurremment avec les tribunaux séculiers [5] et, au XIIIe siècle, dans notre pays, lorsqu'une question de légitimité se présentait, non pas principalement, mais incidemment à une question de succession féodale, c'était la justice séculière qui en connaissait [6] : le principe féodal l'avait emporté sur le principe ecclésiastique.

IV

A partir du XVIe siècle, cette situation tendit à changer notablement; et du XVIe au XVIIIe siècle, dans une grande partie de l'Europe occidentale, l'Église catholique perdit le pouvoir législatif et le droit de juridiction quant au mariage.

Cela se produisit d'abord par la suite de la Réforme, dans les pays protestants. Là l'Église catholique perdit tout empire;

1. Elle en connaît encore à Reims au commencement du XIVe siècle, d'après le *Liber practicus de consuetudine Remensi* (Varin, *Archives législatives de la ville de Reims*), no XCIV, p. 98 : « Peticio uxoris contra marituni vergentem ad inopiam ut habeat reportagium suum et supplica ut decernatur sibi administratio bonorum. »

2. C. III, X, *De donat. inter vir. et ux.*, IV, 20, et la glose, vo *Incidens*.

3. C. C. V, VII, XII, X, *Qui filii sint legit.*, IV, 17. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, XI, 24.

4. Voyez c. III, X, IV, 20, et la glose citée.

5. Beaumanoir, XIII, 3, 9, 10. — Friedberg, *De finium inter ecclesiam et civitatem regundorum judicio*, p. 122 et s.

6. Beaumanoir, XVIII, 1.

mais, par un phénomène remarquable, le droit qu'elle avait créé continua à régir le mariage. Le mariage, dans les pays protestants, resta sous l'empire du droit canonique, qui reçut, il est vrai, sur certains points, une interprétation opposée à celle de l'Église catholique, et qui suivit, dès lors, un développement particulier dans chaque Église réformée ou même dans chaque nation protestante[1]. Ce fut comme un rameau détaché du tronc et planté dans une terre nouvelle. Les lois sur le mariage promulguées dans ces pays par le pouvoir séculier n'eurent pour objet que de préciser ce droit canonique ou de le réformer sur certains points. La tradition ancienne fut même assez puissante pour que la plupart du temps le jugement des causes matrimoniales fût attribué à des juridictions ecclésiastiques, soit aux anciennes, détachées avec toute l'Église nationale de la hiérarchie romaine et catholique, comme en Angleterre, soit à des corps de création nouvelle, comme les consistoires des pays allemands[2]. Ces tribunaux ecclésiastiques conserveront leur compétence presque jusqu'à nos jours, soit à l'exclusion de toute autre juridiction, soit en concurrence avec les juridictions séculières. Le mariage civil, réservé tout entier à la législation et à la juridiction de l'État, ne fera qu'une éphémère apparition en pays protestant, en Angleterre sous le protectorat de Cromwell[3]. Il faut ajouter que, dans certains pays protestants, le résultat de cet état de droit fut le trouble et la confusion ; le droit canonique appliqué était celui antérieur au concile de Trente, et, si les réformes capitales opérées par ce concile étaient tentées aussi dans ces

1. Cela est si vrai que le pape Benoît XIV, dans son traité *de Synodo diœcesana*, invoque dans une question de droit matrimonial l'autorité des canonistes protestants, l. IX. c. XIII, n° 1 : « Quorum auctorum judicium non ideo parvi faciendum quod ii sint heterodoxi, quoniam et ipsi, quoad matrimonii impedimenta, jus canonicum sectantur. »

2. Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 153-305 (Église évangélique) 309-470 (Angleterre) ; 478-499 (Pays-Bas).

3. Friedberg, p. 325 et s. — Le mariage civil fut aussi établi dans les Pays-Bas à partir de 1580, mais comme facultatif à côté du mariage religieux, *ibid.*, p. 482 et s.

pays, sous l'empire des mêmes besoins, c'était le plus souvent sans résolution suffisante et sans esprit de suite [1].

Du XVI^e^ au XVIII^e^ siécle, l'Église vit aussi ses droits anciens entamés dans les pays catholiques ; et, bien que cela ait l'apparence d'un paradoxe, il est vrai de dire que l'atteinte portée au droit canonique, considéré comme régulateur du mariage, fut ici parfois plus profonde que dans les pays protestants.

En Italie, il est vrai, l'Église garda intacts ses droits traditionnels [2] ; il en fut de même en Espagne, où les dispositions du concile de Trente furent également reçues et même insérées dans la suite à la *Novissima Recopilacion* [3]. Mais il en fut tout autrement en France et en Autriche.

En France, dès le milieu du XVI^e^ siècle, la législation de l'État fit, pour le mariage, concurrence à la législation de l'Église. Les théologiens du XVI^e^ siècle admettaient eux-mêmes assez généralement qu'en principe le pouvoir séculier avait le droit de légiférer sur le mariage, et qu'il lui était seulement interdit d'user de ce droit par déférence envers l'Église; c'est une opinion fréquemment produite dans les débats du concile de Trente [4]. A plus forte raison les jurisconsultes devaient-ils

1. Voyez l'ouvrage de Friedberg aux passages plus haut cités.

2. Friedberg, *op. cit.*, p. 611 et s.

3. Leg. 13, titulo 1°, libro 1°.

4. Voyez les orateurs suivants dans Theiner, *Acta genuina concilii Tridentini*. *F. Bellosillo*, II, p. 241 : « Non irritat autem princeps sæcularis matrimonia clandestina, quia ea ad ecclesiam pertinent et ad ecclesiasticos judices ; de per se tamen sæcularis posset, nisi ab ecclesia prohiberetur. » — *Bracharensis*, II, 317 : « Paganus princeps potest rescindere gradus matrimoniales, ergo a fortiori ecclesia. Præterea princeps potest facere edictum ut nullus possit se servituti matrimoniali nisi tali modo. » — *Metensis*, II, 324 : « Sicut principes sæculares possunt formam matrimonii immutare, a fortiori id potest ecclesia. » — *Leriensis*, II, 323 : « Contractus ex natura sua est ut subjaceat potestati reipublicæ, ergo contractus matrimonii subjacet potestati reipublicæ, quia ejus est ordinare omnes partes suas in bonum publicum. » — *Civitatensis*, II, 362 : « Ecclesia videtur habere potestatem super consensu, quia ibi est ratio contractus qui est in potestate reipublicæ. » Dans le même sens : *Mutinensis*, II, 322; *Legionensis*, II, 326; *Colimbriensis*, II, 330; *Generalis prædicatorum*, II, 333; *Bracharensis*, II, 343; *Ostunensis*, II, 360; *Oppidensis*, II, 364. — Voyez aussi Sanchez, *De sancto matrimonii sacramento*, lib. VII, disp. 3, n^os^ 1-5

professer que le prince pouvait légiférer sur le mariage sans restriction aucune, même pour établir des empêchements dirimants. Ce principe, proclamé et appliqué en France dès le XVI^e siècle, y fut à cette époque ardemment discuté [1]. Mais aux XVII^e et XVIII^e siècles il était accepté comme incontestable par les esprits les plus chrétiens : il était de doctrine courante [2].

En fait, toute une législation importante, contenue dans les ordonnances, édits et déclarations de nos rois, vint, du XVI^e au XVIII^e siècle, statuer sur des points concernant le mariage [3]. Sans doute la plus grande partie des dispositions qu'elle contient avaient pour but de faire passer dans les lois françaises

1. Duguit : *Étude historique sur le rapt de séduction* (*Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. X, 1886, p. 587 et s.).

2. *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage* (tenues en 1697 et publiées en 1712), édit. 1715, t. II, p. 32 et s. : « Les princes sont en possession et en droit de mettre et d'établir les conditions qu'ils jugent nécessaires et convenables pour la validité des contrats civils... Or, parmi les contrats civils, il n'y en a pas qui soit plus digne de l'application des princes que le mariage... les souverains sont donc en droit de le régler... L'Église ne dispute pas ce droit des princes, car saint Augustin regarde comme illégitime et même nul celui qui ne se contracte pas selon les lois d'un État... Ce droit est attaché à leur souveraineté. » Voyez en particulier, p. 37, ce qui se passa en 1677 après la soutenance en Sorbonne d'une thèse qui contenait une proposition contraire. — Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n^os 11, 12 : « Les princes séculiers ont donc le droit de faire des lois pour le mariage de leurs sujets, soit pour l'interdire à certaines personnes, soit pour régler les formalités qu'ils jugent à propos de faire observer pour le contracter valablement. Les mariages que les personnes sujettes à ces lois contractent contre leur disposition, lorsqu'elles portent la peine de nullité, sont entièrement nuls. » — L'annotateur du *Traité de l'abus* de Fevret, édit. Lausanne, 1778, t. II, p. 23, note 3 : « Nous tenons en France que les souverains ont toujours eu l'autorité de faire des lois sur les mariages, d'y mettre des empêchements dirimants et de prescrire des formalités dont l'omission rend le mariage nul... Dans les États des princes chrétiens où l'on a toléré des païens ou des hérétiques, leurs mariages, qui n'étaient point des sacrements mais des simples contrats civils, ne dépendaient que des souverains. Nous avons vu dans ces derniers temps, que pendant que l'on a toléré les Calvinistes dans ce royaume, les supérieurs ecclésiastiques n'avaient aucune autorité sur leurs mariages; que nos rois leur accordaient les dispenses dont ils avaient besoin et qu'ils en prescrivaient les formalités. On ne peut pas soutenir que les souverains aient moins d'autorité sur les mariages de leurs sujets catholiques qu'ils en auraient sur ceux des païens et des hérétiques. »

3. On la trouve réunie dans une assez grande quantité de publications qu'a

les réformes opérées, quant à la célébration du mariage par le concile de Trente, qui n'avait point été reçu en France pour ce qui concerne la discipline et le temporel. Mais cette législation n'avait point attendu les décrets du concile de Trente pour se produire : quelques-uns de ses monuments importants les avaient au contraire devancés [1] et elle ne se borna point à reproduire et à copier le droit canonique ; elle le compléta sur certains points et parfois se mit en contradiction avec lui. C'était souvent une difficulté pour le clergé gallican de montrer qu'il y avait harmonie entre la pratique française et les lois de l'Église en matière de mariage [2].

Mais ce qui fut surtout entamé en France ce fut le droit de juridiction de l'Église sur les causes matrimoniales. Jamais on ne contesta en principe sa compétence en cette matière ; mais en définitive on arriva à porter devant les juridictions séculières (juridictions royales) la plupart des causes matrimoniales. Cela se fit par un long travail de doctrine et de jurisprudence qui commença d'assez bonne heure.

A partir du XIVe siècle, on ramène peu à peu devant les tribunaux séculiers les procès, où ne se pose point principalement et directement la question de validité ou de nullité du mariage ; tout ce qui concerne le régime des biens entre les époux [3], les séparations de biens, la légitimité des enfants, le délit d'adultère [4]. En ces matières, l'Église n'avait conquis en France, dans

produites le XVIIIe siècle sous le titre de *Code matrimonial*, par exemple, Le Ridant, *Code matrimonial ou recueil des Édits, ordonnances et déclarations sur le mariage*, Paris, 1766. Le même (sous le titre de nouvelle édition), par Camus, 1770.

1. Par exemple, ordonnance de février 1556 (Henri II) sur les mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents.

2. Les conférences de Paris de 1697 sont intitulées : « *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage, où l'on concilie la discipline de l'Église avec la jurisprudence du royaume de France.* »

3. Cependant dans le *Registre de l'officialité de Cerisy* (1314-1457), on trouve encore, à l'année 1413, l'indication suivante, n° 394 q : « Margareta gagiavit emendam eo quod fecit convenire dictum Rontsel extra jurisdictionem nostram de pactis matrimonialibus factis et perpetratis in jurisdictione nostra. »

4. Voyez les textes réunis dans les *Preuves des libertés de l'Église gallicane*, éd. 1736, ch. XXXVI, spécialement nos 10, 11. Les canonistes eux-mêmes n'é-

la plupart des cas, qu'une compétence concurrente avec celle des tribunaux séculiers ; la compétence exclusive de ces derniers s'imposait dès que l'État avait repris la conscience de ses droits avec la force nécessaire pour les faire respecter. Mais à partir du XVI^e^ siècle une autre évolution commença qui devait s'accentuer de plus en plus avec le temps : elle consista à ramener devant les juridictions royales les causes matrimoniales proprement dites, celles qui mettaient en jeu la validité du mariage lui-même ou ses effets quant aux personnes des époux. Au XVIII^e^ siècle, la jurisprudence à cet égard était à peu près fixée ; elle avait largement dépossédé les juridictions ecclésiastiques, et, pour arriver à ce résultat, elle avait employé deux moyens principaux : l'un consistait à exclure absolument, sous divers prétextes, la compétence des juridictions ecclésiastiques, l'autre à donner aux juridictions séculières une juridiction concurrente, quoique fondée sur d'autres principes.

En premier lieu, interprétant strictement les ordonnances qui permettaient au juge ecclésiastique de connaître du sacrement de mariage, la doctrine et la jurisprudence s'efforçaient d'établir que, dans beaucoup de cas, la question de mariage se présentait sans que celle de sacrement intervînt ; et elles en tiraient cette conséquence qu'alors la cause devait être portée devant le juge séculier.

Tantôt on faisait remarquer que le *fœdus* matrimonial n'était pas en jeu dans la cause, parce que, eût-il existé, il était déjà dissous où parce que manifestement il n'avait pas su se former. C'est ainsi que, lorsque la question de nullité du mariage ne se posait qu'après la mort d'un des conjoints, on déclarait la juridiction ecclésiastique incompétente pour en connaître [1]. Par

taient point fermes sur le point de savoir si la juridiction ecclésiastique était compétente pour le fait d'adultère ; voyez Panormitanus, sur le c. XIX, X, *De conv. conj.*, III, 32, et sur le c. I, X, *De off. jud. ord.*, I, 31. Dans le registre de Cerisy il y a encore de nombreuses poursuites pour adultère : 13b, 163fg, 370fhl, 375k, 384e, 385e, 387f, 390h, 391, 394d, 406, 414.

1. C'est d'ailleurs ce qu'a fini par admettre la juridiction ecclésiastique. Voyez une décision de la congrégation du concile de Trente du 17 septembre 1842, dans Schulte et Richter, *Canones et decreta concilii Tridentini*. Lipsiæ, 1853,

la même raison on décidait que « l'official était incompétent pour connaître de la séparation d'une femme conjointe à un second mari, pendant la vie du premier » [1].

Tantôt on soutenait que dans la cause il ne s'agissait que d'une simple question de fait, et on en tirait des conséquences fort importantes, qui n'étaient point toujours commandées par la logique la plus rigoureuse. C'est ainsi que Fevret attribuait aux tribunaux séculiers la connaissance des mariages contractés par des impubères : « Que si, dit-il, les impubères désirent de faire annuler et les promesses de mariage et le mariage précipité, ce n'est pas au juge d'Église qu'ils doivent se pourvoir mais à la justice séculière : car le juge d'Église ne pouvant connaître selon les ordonnances que du sacrement et de ce qui regarde le lien de mariage, cela ne peut se rencontrer aux impubères qui se marient avant l'âge que les lois leur ont limité (Div. Thomas, *in Summa*, *parte III*ª, *qu.* 43, *art.* 2; Anton. Augustinus, *in Epitome juris pontificii tit.* 4

p. 278 : « Illud etiam animadvertere præstat diligenter perquisitas fuisse S. hujus ordinis resolutiones... nullum in præcedentibus resolutionibus repertum fuisse exemplum introductæ nullitatis post obitum alterutrius conjugis. » — Pothier, *Traité du mariage*, n° 457 : « Lorsque ce sont les parents de l'une des parties qui attaquent après sa mort son mariage, pour exclure les enfants qui en sont nés de la succession, ou la veuve de son douaire et de ses conventions matrimoniales, il est évident que la question ne peut être portée devant le juge d'Église, car il ne peut être compétent que pour juger du lien du mariage, dont il ne peut plus être question après la mort de l'une des parties, n'étant question entre les parties que d'intérêts temporels, il n'y a que le juge séculier qui puisse être compétent. » L'Édit de 1695, article 34, était formel dans ce sens.

1. *Traité des deux puissances ou maximes sur l'abus*, par l'abbé de Foy, licencié en droit de la Faculté de Paris et chanoine de l'église de Meaux, Paris, 1752, p. 253. Voici comment l'auteur justifie cette proposition : « Du principe établi en France par la déclaration de Charles VI du 5 mars 1388, que l'official ne peut sans abus connaître du crime d'adultère entre laïcs, il suit nécessairement qu'il est juge incompétent... Car il ne peut être question, en ce cas, s'il y a mariage ou s'il n'y en a pas. Le lien de ce contrat ne peut se résoudre que par la mort de l'un des deux conjoints. Cette seconde union, le premier mari vivant, n'est donc qu'un adultère... De là, il est évident que cette femme ne pouvait contracter, parce qu'elle ne pouvait donner ce qui fait essentiellement la matière de ce sacrement. N'étant donc pas question *de sacramento et fœdere*, mais d'une cause purement personnelle, l'official ne peut sans abus connaître de la contestation. »

de matrim.), et ainsi s'agissant plutôt de la cassation d'un contrat civil que du sacrement de mariage, le juge d'Église ne peut s'arroger aucune connaissance de ce fait purement profane. Mornac (*ad leg. 9 de Sponsal.*) en rapporte un préjugé fort exprès du Parlement de Paris : *Nuptias inter impuberes contractas rescidit Senatus anno* 1586, 4 *Nov. quamvis unus ex contrahentibus annum excessisset decimum quartum et pater consensisset in anticipatæ ætatis filii conjugium*[1]. » Les *Conférences ecclésiastiques de Paris* exposent cette doctrine dans toute son ampleur : « Il y a de certaines causes de mariage, qui selon les usages de France se jugent pour le fonds en première instance par les juges royaux subalternes, et définitivement dans les cours de Parlement. Ce sont les questions de fait; par exemple de clandestinité, de rapt et de poligamie, parce que se sont des crimes condamnés par les ordonnances de nos rois, dont ils peuvent prendre connaissance et dont ils doivent juger. L'Édit de Melun, article 23, leur attribue la connaissance du crime de rapt. Ainsi en France quand il y a contestation sur un mariage en matière de rapt, qui est regardé comme un crime capital, cela regarde bien plus les juges royaux que les juges d'Église, parce qu'il s'agit de faire plusieurs procédures et informations pour la preuve et punition de ce crime, ce qui convient bien mieux au juge royal qu'au juge ecclésiastique. De plus, aussitôt qu'on a prouvé la vérité du rapt (et c'est la même chose de la clandestinité et de la poligamie), il s'ensuit sans aucun autre jugement de l'Église que la nullité de ce mariage est constante[2]. »

En suivant encore le même principe, envisagé sous un nouveau jour, on avait établi que le juge ecclésiastique ne pouvait connaître des oppositions au mariage, que lorsque l'opposant se fonderait sur l'existence d'un précédent mariage ou d'une promesse de mariage antérieure entre lui et l'un des

1. *Traité de l'abus,* liv. V, ch. I, n° 7. L'annotateur de l'édition de 1778 (Lausanne) ne partage pas, il est vrai, cette manière de voir : « Il semble, dit-il, que cette question doit être de la connaissance du juge d'Église, parce qu'il s'agit uniquement *de fœdere*, savoir s'il y a mariage ou non. »

2. Tome I, p. 65.

fiancés : « S'il y a, dit Fevret, opposition formée à la publication des bans, ou c'est par ceux qui prétendent y avoir mariage ou promesses entre eux de se marier, en ce cas s'agissant *de fœdere*, l'official en doit connaître[1] ; mais, s'il y a opposition de la part de quelques tierces personnes, fondée sur la force ou sur la prétendue parenté ou affinité de ceux qui veulent se marier, alors *cum agatur de facto*, c'est en cour séculière qu'il faut agir[2]. » L'abbé de Foy écrit de son côté : « De la maxime établie par le droit et par la jurisprudence des arrêts du Parlement du royaume, que les juges d'Église ne peuvent connaître des causes de mariage *nisi de fœdere contrahendo vel dissolvendo*, ou autres empêchements canoniques pour raison d'affinité ou de parenté, il suit incontestablement que les oppositions aux promesses solennelles ou à la célébration des mariages formées par toutes autres personnes que celles qui ont contracté ou qui prétendent avoir contracté des engagements pour ce lien, ne peuvent et ne doivent être portées par devant le juge d'Église. Ainsi l'official ne peut sans abus connaître des oppositions formées par des pères, mères, frères,

1. Cette solution logiquement ne s'accordait guère avec celle indiquée plus haut, d'après laquelle en cas de nullité résultant de la bigamie le juge d'Église cessait d'être compétent.

2. *Traité de l'abus*, I, V, ch. II, n° 33, cf. V. ch. v, n° 32, où l'auteur cite dans ce sens un arrêt du Parlement de Dijon de 1629. L'annotateur de Févret (éd. Lausanne, 1778), tout en blâmant cette distinction (tome II, p. 38), en tire lui-même parti à un autre point de vue, tome II, p. 120, note 1 : « On n'observe point en France de renvoyer au juge d'Église la question de mariage incidente à un procès concernant le partage des biens ou succession des mariés; le juge d'Église ne connaît des mariages qu'entre les personnes qui se sont promis mariage ou qui l'ont contracté non pas entre tierces personnes. » Pour la compétence quant au jugement des oppositions au mariage, la distinction qu'il propose est la suivante : « Il faut distinguer si les empêchements qu'on allègue sont civils ou canoniques. Le juge royal connoît des oppositions formées par les pères, mères, tuteurs ou curateurs, ou par d'autres parents pour inégalité de condition ou pour d'autres intérêts de famille. Mais à l'égard des oppositions formées pour parenté ou affinité ou pour d'autres empêchements fondés sur les canons et constitutions ecclésiastiques, c'est au juge d'Église d'en connoître sur les oppositions même de tierces personnes. » C'était là une idée rationnelle; mais elle ne paraît pas avoir trouvé faveur.

tuteurs aux promesses ou à la célébration du mariage de leurs enfants, pupilles ou frères[1].

Pothier, paraît même admettre que l'action en nullité de mariage présentée par une autre personne que l'un des conjoints, ne peut jamais être portée devant le juge ecclésiastique. Aux pères, mères et tuteurs dont le consentement était nécessaire selon la doctrine française pour la validité du mariage et n'a pas été obtenu, il donne pour toute action l'appel comme d'abus devant les parlements[2]; et quant aux autres parents il ne les admet à agir, que lorsque, leur parent marié étant mort, son décès a d'un même coup dissous son mariage et ouvert sa succession[3]. De même enfin, lorsqu'il s'agissait d'établir non pas la validité contestée d'un mariage, mais le fait même de sa célébration, le juge séculier était considéré comme seul compétent[4].

Par application des mêmes principes on avait enlevé aux officialités la connaissance des séparations de corps (*divortium quoad torum*). Cependant au XVII^e^ siècle Févret reconnaissait encore leur compétence en cette matière[5], mais au siècle

1. *Traité des deux puissances*, p. 250, 251. Dans le même sens : *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. I, p. 269 et s.; Pothier, *Traité du mariage*, n^os^ 81 et s.

2. *Traité du mariage*, n° 454 : « Lorsque c'est un père, une mère ou un tuteur qui veut attaquer le mariage que son mineur a contracté sans son consentement, ces personnes ont pour cela la voie de l'appel comme d'abus de la célébration du mariage faite sans leur consentement, qui est une contravention aux ordonnances. » Il est vrai qu'ici la nullité du mariage n'était pas prononcée par le droit canonique.

3. *Ibid.*, n° 455. Cf. l'annotateur de Févret, tome II, p. 120, note 1.

4. Pothier, *Traité du mariage*, n° 452 : « Lorsque la question n'est pas de savoir si un mariage a été valablement contracté ou non, et qu'elle ne concerne que le fait, comme si, dans le cas où les registres d'une paroisse étant perdus, l'une des parties soutient qu'il a été célébré un mariage entre elle et l'autre partie, qui en disconvient, la cause n'est pas de la compétence de l'official, qui n'est juge que de la validité ou de l'invalidité des mariages; elle est de celle du juge séculier; parce qu'en ce cas il s'agit, *non de jure sed de quasi possessorio matrimonii*. C'est ce qu'enseignait M. Talon dans un plaidoyer sur une cause jugée par arrêt du 10 juin 1636, rapporté par Bardet. »

5. *Traité de l'abus*, l. V. ch. IV, n° 18, *in fine* : « Mais par-devant quel juge se traitera l'action de séparation *a mensa et toro?* On n'a jamais douté qu'elle ne fût de la connoissance du juge d'Église. »

suivant la doctrine était fixée en sens contraire, et Pothier la résume ainsi : « Le juge ecclésiastique est incompétent; il n'a droit de connaître que des causes dans lesquelles il s'agit *de fœdere matrimonii*, dont il ne s'agit pas dans une demande en séparation d'habitation, cette séparation laissant subsister le lien du mariage; d'ailleurs la demande en séparation d'habitation renferme aussi celle en séparation de biens; or toutes les matières qui concernent les biens sont matières profanes, dont les juges d'Église ne peuvent connaître sans abus [1]. » On avait également réservé au seul juge séculier le droit de contraindre une femme à réintégrer le domicile conjugal et de se soumettre à la vie commune [2]. Cela était d'autant plus logique que l'action ouverte à l'époux par le droit canonique pour demander que son conjoint lui fût restitué était d'ordinaire une action possessoire, et en France, en thèse générale, les tribunaux ecclésiastiques avaient perdu de bonne heure la connaissance des actions possessoires, alors même qu'il s'agissait au fond de matières ecclésiastiques, comme les bénéfices.

La compétence du juge d'Église sur les causes matrimoniales avait été ainsi considérablement restreinte : elle ne comprenait plus que certaines actions en nullité de mariage. Dans la mesure où elle subsistait, on peut dire qu'elle devint en fait purement théorique; elle subissait en effet la concur-

1. *Traité du mariage*, p. 518. On usait seulement, dans les termes, de quelque ménagement à l'égard des juges d'Église. Voyez l'annotateur de Févret, sur le passage cité à la note précédente : « Il est vrai, dit-il, que les cours séculières ne se servent pas de cette forme de prononcer que les mariés sont séparés *a toro*, mais ils ordonnent l'équivalent lorsqu'ils séparent les mariés de corps, de biens et d'habitation; c'est une dispute de mots. »

2. L'abbé de Foy, *Traité des deux puissances*, p. 263, 264 : « Citations devant l'official abusives *in casu malæ tractationis et adhæsionis marito et vice versa*... Ce n'est point au juge d'Église à connoître de ces faits; la paix des mariages regarde la police civile, et est du ressort du juge royal... L'official ne peut connoître de l'action que le mari a contre sa femme, pour l'obliger à rentrer dans sa maison et à habiter avec lui. Il en seroit de même de l'action que la femme auroit contre son mari pour l'obliger de retourner à elle. Dès que l'official n'a pu connoître des causes qui ont occasionné le divorce et la fuite de la femme, il ne peut non plus ordonner son retour et l'adhésion. »

rence écrasante des Parlements. Au lieu de s'adresser à l'official compétent, le demandeur en nullité de mariage pouvait saisir le Parlement par un appel comme d'abus.

L'appel comme d'abus, qui se constitua au cours du XVI^e^ siècle, à l'aide d'éléments en partie plus anciens, pouvait être dirigé contre tout acte de l'autorité ecclésiastique, accompli contrairement au droit public français et aux canons reçus en France ; le Parlement saisi annulait alors l'acte abusif. Lorsque, pour la validité du mariage, la loi eut exigé qu'il fût célébré en présence du propre curé de l'un des contractants, on considéra comme un acte abusif de cet ecclésiastique le fait d'assister à un mariage, lorsqu'il existait dans l'espèce quelque empêchement canonique ou légal. Un mariage célébré dans ces conditions donna donc ouverture à l'appel comme d'abus ; et, si l'empêchement était un empêchement dirimant, le Parlement en prononçait la nullité en statuant sur l'appel comme d'abus [1]. Il résultait de là que la partie avait deux voies de droit pour attaquer le mariage : l'action devant l'officialité et l'appel comme d'abus devant le Parlement. Pothier appelle la première la *voie ordinaire* et la seconde la *voie extraordinaire* [2]. Mais il arriva ici, comme en d'autres matières, que la voie extraordinaire devint le droit commun. C'est ce que nous apprend l'abbé Fleury dès la fin du XVII^e^ siècle, dans son *Ins-*

1. L'abbé de Foy, *Traité des deux puissances*, p. 256 : « Il y a lieu à l'appel comme d'abus de la célébration du mariage de toutes les personnes, même *sui juris*, qui l'ont contracté au mépris des empêchements dirimants ou conditions irritantes, mises par l'Église et par le Prince... » Pothier, *Traité du mariage*, n° 453 : « On peut aussi interjeter appel comme d'abus de la célébration du mariage, lorsqu'on prétend qu'il a été célébré contre les lois ou les canons. » — L'annotateur de Févret (V. ch. I, n° 7) : « Il est vrai qu'on peut aussi appeler comme d'abus de la célébration, attendu la contravention aux canons et aux lois civiles reçus dans le royaume. »

2. *Traité du mariage*, n^os^ 452 et 453 : « Lorsque c'est l'une des parties qui ont contracté le mariage qui veut en poursuivre la cassation contre l'autre, elle a pour cet effet deux voies, l'une *ordinaire*, l'autre *extraordinaire*. La *voie ordinaire* est l'assignation que la partie, qui demande la cassation de son mariage, doit donner à l'autre devant l'official, pour en voir prononcer la nullité... La *voie extraordinaire* est l'appel comme d'abus que la partie peut interjeter en la grand'chambre du Parlement. »

titution au droit ecclésiastique, donnée au public en 1687[1]. « Entre les sacrements, dit-il, il n'y a guère que le mariage qui fournisse des sujets de contestation; encore la plupart sont-elles portées devant les juges laïcs par des appellations comme d'abus ; car si l'on accuse un mariage de nullité pour avoir été célébré entre mineurs, sans publication de bans, sans consentement des parents, sans témoins, hors de la présence du curé, ou pour quelque autre raison : on appelle comme d'abus de la célébration du mariage, et on demande qu'il soit déclaré avoir été mal, nullement et abusivement contracté; parce que l'on sait que les juges laïcs prononceront plutôt ainsi que les juges ecclésiastiques. Les causes qui vont d'ordinairement devant les officiaux sont celles des fiançailles, pour en demander l'accomplissement ou la résolution[2]. » Cela explique comment la législation des ordonnances continua à proclamer en termes généraux la compétence des juridictions ecclésiastiques en fait de mariage, il suffisait pour en paralyser l'efficacité de cette clause additionnelle « *sauf l'appel comme d'abus* »[3].

On le voit, dans l'ancienne France, la juridiction de l'Église sur le mariage, plus encore que son pouvoir législatif en cette matière, avait reçu de profondes atteintes. Ce qui lui restait sans partage, c'était seulement le droit de procéder à la célébration du mariage, et la charge, sous le contrôle du pouvoir royal, de tenir les registres destinés à constater authentique-

1. Le livre avait même eu auparavant deux éditions, sous une forme plus abrégée, et sous le pseudonyme de Bouel.

2. Fleury, *Institution au droit ecclésiastique*, édit. Boucher d'Argis, 1771, tome II, p. 42.

3. Par exemple, Édit de 1695, art. 34 : « La connaissances des causes qui concernent les sacrements appartiendra aux juges d'Église : enjoignons à nos officiers, même à nos cours de Parlement, de leur en laisser et même de leur en renvoyer la connaissance, sans prendre aucune juridiction, ni connaissance des affaires de cette nature, si ce n'est qu'il y eût appel comme d'abus interjeté de quelque jugement, ordonnance ou procédure faite par le juge d'Église, ou qu'il s'agisse d'une succession ou autres effets civils, à l'occasion desquels on traitera de l'état des personnes décédées, ou de celui de leurs enfants. »

ment les mariages célébrés. Ce droit exclusif ne fut que très légèrement entamé, aux époques où le protestantisme fut légalement reconnu. Sous le régime de l'Édit de Nantes, les huguenots se mariaient devant leurs pasteurs[1], et, à la veille de la Révolution, l'Édit de 1787 vint réglementer la célébration du mariage pour ceux qui professaient une autre religion que la religion catholique : encore cet Édit, même pour ces mariages, ne dépossédait pas absolument le clergé catholique ; les dissidents avaient le choix de célébrer leur mariage devant le juge royal du lieu ou devant le curé catholique de leur résidence.

En définitive, du XVI^e^ ou XVIII^e^ siècle, le mariage fut régi en France par une législation mixte, dont le droit canonique formait le fonds principal, et que complétaient les dispositions des ordonnances. Cette législation était appliquée tantôt par les juges royaux, tantôt, quoique plus rarement par les juges d'Église ; mais elle ne variait point avec les juridictions, car les juges royaux devaient appliquer les règles canoniques et les juges d'Église respecter les ordonnances[2]. Elle apparaissait de plus en plus aux jurisconsultes comme une sorte de législation nationale, qui, au point de vue civil, tirait sa force obligatoire, dans toutes ses parties, de la seule volonté du souverain[3]. Ainsi se préparait peu à peu l'avènement du ma-

1. Le 41^e^ des articles secrets de l'Édit de Nantes attribuait aux juges royaux la connaissance des mariages entre deux personnes de la Religion réformée. Si l'une des parties était religionnaire et l'autre catholique, c'était le tribunal du défendeur qui était compétent, c'est-à-dire, selon les cas, tantôt l'officialité et tantôt le juge royal.

2. Édit de 1606, art. 12 : « Nous voulons que les causes concernant les mariages soient et appartiennent à la connaissance et juridiction des juges d'Eglise, à la charge qu'ils seront tenus de garder les ordonnances. »

3. Pothier, *Traité du mariage*, n° 20 : « Le mariage n'étant soumis à la puissance ecclésiastique qu'en tant qu'il est sacrement, et n'étant aucunement soumis à cette puissance en tant que contrat civil, les empêchements que l'Eglise établit, seuls et par eux-mêmes, ne peuvent concerner que le sacrement et ne peuvent seuls et par eux-mêmes donner atteinte au contrat civil. Mais lorsque le prince, pour entretenir le concert qui doit être entre le sacerdoce et l'Empire, a adopté et fait recevoir dans les États les canons qui y établissent ces empêchements, l'approbation que le prince y donne, rend

riage civil, dont la formule se trouve par avance dans les écrits de nos anciens auteurs [1].

En Autriche, les canons et les décrets du concile de Trente avaient été reçus, et, jusqu'à la fin du XVIII[e] siècle la législation de l'État ne visa guère le mariage que pour édicter des peines contre les mariages contractés par des mineurs sans l'autorisation des pères, mères ou tuteurs, et pour annuler les fiançailles conclues par eux sans cette autorité [2]. Mais en 1783 parut une patente célèbre de Joseph II, qui portait le coup le plus rude aux droits traditionnels de l'Église. Utilisant une distinction célèbre, souvent invoquée en France [3], cette patente séparait nettement le contrat civil de mariage du sacrement. En conséquence il était déclaré : « Le mariage en soi, considéré comme contrat civil, ainsi que les droits et obligations qui naissent de ce contrat et appartiennent aux contrac-

les empêchements établis par les canons empêchements dirimants de mariage, même comme contrat civil. » Cf. n[os] 412, 497, *in fine*.

1. L'annotateur de Févret (t. II, p. 22) s'exprime ainsi : « Comme le mariage est l'acte le plus important de la société civile, c'est au souverain qui est le juge de l'intérêt de l'État de défendre les mariages qui en pourraient troubler le repos et d'établir les conditions qui pourront rendre cette union plus avantageuse à la société. L'Église peut de son côté faire des lois pour la sanctification des mariages des fidèles; mais les lois de l'Église, bien loin de détruire, supposent au contraire le pouvoir du souverain. C'est une matière mixte sur laquelle chacune des deux puissances peut faire des lois pour son intérêt. » Dès 1677, voici ce que disait devant le Parlement de Paris l'avocat général Denis Talon (Durand de Maillane, *Preuves des libertés de l'Église gallicane*, t. IV, p. 87) : « Comme les mariages, par leur nature, par leur objet et par leur fin sont des contrats civils, aussi ne peuvent-ils être établis que par une puissance qui soit souveraine; rendre ce contrat légitime ou invalide, rendre les personnes qui contractent habiles ou inhabiles au mariage, c'est l'effet d'un pouvoir souverain sur le temporel : il n'y a que le législateur ou le prince, qui donnent la force aux contrats, qui en puissent prononcer la validité ou la nullité. Si donc l'Église, représentée par les conciles ou par le pape et par les évêques, a le droit d'établir des empêchements qui annulent le mariage, elle aura le pouvoir de faire des lois civiles qui regardent purement le temporel; ce qui causerait un renversement et une confusion des puissances ecclésiastique et séculière. »

2. Friedberg, *op. cit.*, p. 140, 141.

3. Voyez en particulier l'arrêt du Parlement de 1677 rendu sur les conclusions de Denis Talon, Durand de Maillane, *op. cit.*, p. 92 et s.

tants l'un envers l'autre, reçoivent leur essence, leur force et leur détermination des lois de notre État : le jugement des contestations qui peuvent naître à ce sujet, appartient aux tribunaux de notre État[1]. »

C'était éliminer du droit séculier la législation et la juridiction de l'Église sur le mariage ; et, quant au fond, le droit matrimonial qu'établit Joseph II différait profondément, sur certains points, du droit canonique[2]. Ce n'était point cependant encore le mariage civil proprement ; car, d'après cette législation, la proclamation des bans de mariage se faisait encore à l'église, par le ministère du curé, et la célébration du mariage lui-même devait se faire dans la forme prescrite par le concile de Trente.

V

Avec la Révolution française commence une nouvelle ère : c'est l'avènement du mariage civil. Ce n'était point, à vrai dire, une nouveauté sans précédents. Le droit romain l'avait connu, et les romanistes sincères et savants, suscités par la renaissance française du XVI[e] siècle, en commentant dans leur sens vrai les lois qui se rapportaient à cette institution, contribuèrent certainement à en répandre la notion et à lui concilier les esprits cultivés. En fait, je viens de rappeler qu'en France, l'Édit de 1787 avait véritablement organisé le mariage civil pour les protestants, et que la législation autrichienne s'en était fort rapprochée en 1783. En Angleterre, sous Cromwell, le mariage civil avait eu un règne éphémère. En 1580, les États de la province de Hollande et de la Flandre occidentale l'avaient également organisé pour leurs territoires[3], et,

1. Friedberg, *op. cit.*, p. 142.
2. *Ibid.*, p. 143.
3. Friedberg, *op. cit.*, p. 482 et s. Le mariage civil, après proclamations préalables sur la place du marché, devait être célébré devant le magistrat municipal.

en 1656, les États généraux des Pays-Bas étendirent l'institution à tous les pays placés sous leur autorité : mais là il n'était que facultatif, à côté du mariage religieux qui conservait sa force et représentait le droit commun ; on l'avait simplement établi pour parer aux difficultés que présentait l'existence des sectes protestantes et des populations catholiques, à côté de l'Église réformée des Pays-Bas.

Dans les lois de la Révolution le mariage civil apparut avec une portée toute nouvelle : il était l'application d'une idée simple et fondamentale. La société civile, représentée par l'État, était considérée comme parfaitement distincte des sociétés religieuses. Par suite, le mariage, considéré comme institution de cette société, est exclusivement soumis à la législation et à la juridiction civiles, qui seules sont les organes de l'État. Les sociétés religieuses, de leur côté, et l'Église catholique en est une, peuvent librement et pleinement réglementer le mariage à leur point de vue particulier, et demander compte à leurs fidèles de l'observation des règles qu'elles ont édictées ; mais cette réglementation n'a aucune influence sur le droit civil, cette juridiction ne peut être que religieuse ou disciplinaire. Le mariage civil apparaît ici non comme un expédient, mais comme un principe, et les lois de 1792 d'abord, le Code civil ensuite, firent l'exacte application de ce principe. Les termes de la solution furent seulement et très légèrement modifiés en ce que, dans un esprit de prévoyance pratique et équitable, le législateur défendit de célébrer le mariage religieux avant que le mariage civil eût été célébré[1].

Il ne faudrait pas croire cependant que le législateur français, en prenant cette position, ait produit une réglementation du mariage entièrement nouvelle et ne se rattachant en rien au droit canonique ; ce serait un résultat contraire aux lois générales du développement historique. Sans doute la législation matrimoniale de la Révolution et du Code civil diffère du droit canonique sur des points essentiels ; bon nombre

1. Code pénal, art. 199 et 200.

d'empêchements canoniques ont été écartés ; le divorce a été admis sans mesure par la loi de 1792, et le Code civil l'a conservé en le réglementant avec une assez grande prudence. Néanmoins, pour la plupart de leurs dispositions de fond ou même de forme, les lois de 1792 et le Code civil ne font guère que reproduire, sécularisées et légèrement modifiées, les règles auxquelles le droit canonique était arrivé, complété par la jurisprudence de l'ancienne France. Notre loi civile a ainsi recueilli, sous bénéfice d'inventaire, une bonne part de l'héritage canonique, et l'interprétation, que donne la doctrine de ses dispositions en matière de mariage, garde plus nettement encore, par une tradition fidèle, la marque de l'enseignement des canonistes ; ce sont souvent les mêmes questions qui se présentent de part et d'autre sous la même forme.

L'institution du mariage civil, dans tout le cours du XVI^e^ siècle, a tendu à se propager en Europe ; et, dans une large mesure, le rayonnement est parti de la France[1]. En Belgique, dans le canton de Genève et dans la Prusse rhénane, le mariage civil est resté en vigueur avec le Code civil introduit par la domination française[2]. En Hollande, ce fut aussi la France qui l'introduisit, obligatoire pour tous, en 1795[3], et le Code civil hollandais de 1833 l'a conservé et soigneusement réglementé sur le type de la loi française. L'Italie, dans son Code civil de 1866[4], la Suisse, par la loi fédérale du 24 décembre 1874[5], l'Allemagne entière par la loi fédérale du 6 fé-

1. M. Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, 2^e^ édit., 1880, p. 281 : « On peut affirmer que le principe de la sécularisation du mariage ne s'est étendu et généralisé que depuis notre Code civil. Le mariage civil est resté dans la plupart des pays où nos conquêtes du premier Empire l'ont introduit. » P. 478 : « Le mariage civil s'est propagé avec une extrême rapidité dans toute l'Europe ; en une soixantaine d'années il s'est implanté dans la plupart des législations ; partout il a été considéré comme une conséquence nécessaire de la liberté de conscience. »

2. Glasson, *op. cit.*, p. 278, 325 ; Friedberg, *op. cit.*, p. 579-611.

3. Friedberg, *op. cit.*, p 494.

4. Glasson, p. 284 et s.

5. Glasson, p. 383, *Annuaire de la Société de législation comparée*, 1876, p. 714 et s. La législation de quelques cantons s'était déjà fixée dans ce sens. Friedberg, *op. cit.*, p. 637 et s.

vrier 1875 [1] l'ont adopté et organisé d'après les mêmes principes.

Mais, malgré cette marche ascendante du mariage civil, dans une partie notable de l'Europe occidentale, le droit canonique, protestant ou catholique, a plus ou moins complètement maintenu son empire sur le mariage.

L'Angleterre, par suite d'une évolution particulière et très intéressante [2], a établi un système original et ingénieux, mais fort complexe. Tous les mariages sont soumis à une publicité préalable et préventive devant l'autorité civile ; mais leur célébration peut avoir lieu soit devant certains ministres du culte, soit devant un officier civil, avec pleine liberté quant au choix et égale validité quant aux effets. Jusqu'en 1867 la compétence de la juridiction ecclésiastique a été maintenue quant aux causes matrimoniales ; depuis cette époque elles sont revenues aux juges séculiers [3].

Les pays scandinaves ont un régime particulier où l'élément civil et l'élément religieux se combinent dans des proportions diverses [4] ; le mariage purement civil a été introduit en Norvège en 1845 pour ceux seulement qui ne professent pas le culte luthérien, et en Suède en 1873 pour ceux qui ne professent ni la religion officielle ni aucun des cultes autorisés.

Dans les pays catholiques, le droit canonique a également lutté parfois avec avantage. En Autriche, le Code civil de 1811 avait reproduit, en les adoucissant quelque peu dans l'expression, les principes et la réglementation contenus dans la Patente de Joseph II [5]. Mais cette législation fut vivement

1. Glasson, p. 329 et s., *Annuaire de la Société de législation comparée*, 1876, p. 251 et s.

2. Friedberg, *op. cit.*, p. 309 et s.

3. Glasson, p. 308 et s.

4. Glasson, p. 433 et s. ; Friedberg, p. 646 et s. Ajoutez, pour l'Islandea, la loi du 19 février 1886, permettant le mariage entre personnes qui n'appartiennent pas ou dont l'une n'appartient pas à l'Église nationale. *Annuaire de la Société de législation comparée*, 1887, p. 564.

5. Friedberg, p. 144 et s. La publication des bans était laissée à l'autorité ecclésiastique, et le mariage devait être célébré en présence du curé ; mais

combattue par le clergé sous les règnes de François Ier et de Ferdinand Ier, et, après bien des hésitations et des fluctuations de l'opinion gouvernementale, elle fut abolie par le concordat conclu en 1855 avec la cour de Rome. L'article 10 de ce concordat rétablissait des juridictions ecclésiastiques pour les causes matrimoniales et remettait en vigueur pour le mariage des catholiques la législation du concile de Trente[1]. Une loi du 8 octobre 1856 fit l'application détaillée de ces principes et institua les nouvelles juridictions ecclésiastiques. Mais depuis lors un nouveau revirement s'est produit et une loi du 25 mai 1868 a remis en vigueur les dispositions du Code de 1811[2].

La législation de l'Espagne présente des fluctuations semblables, mais le dernier mouvement s'est ici produit en sens contraire. Jusqu'en 1870, les diverses lois ou codes qui se succédèrent maintinrent ou appliquèrent pour le mariage les principes du droit canonique. La loi du 10 juin 1870 introduisit le mariage civil sous la forme française[3]; mais il ne s'est pas maintenu et la loi du 9 février 1875[4] a établi un tout autre système. Elle donne une valeur égale, quant aux effets civils, au mariage religieux célébré devant le curé et au mariage contracté devant l'officier civil, tout en prenant des précautions pour que le premier soit également inscrit sur les registres de l'état civil. En réalité, cette loi a reconnu non pas seulement deux formes de célébration du mariage, mais deux législations matrimoniales s'appliquant parallèlement : « Il existe aujourd'hui en Espagne, écrivait en 1880 M. Glasson, deux législations différentes sur le mariage, ses formes, ses effets, ses causes de nullité, comme sur les séparations de corps : on applique la loi canonique aux mariages qui n'ont été célébrés

c'était le pouvoir séculier qui seul pouvait accorder la dispense des publications; et, si le curé refusait de célébrer un mariage, un recours était ouvert devant la justice séculière pour faire juger la validité de ce refus. (Art. 69, 75, 79, 83, 85 et s.)

1. Friedberg, p. 147.
2. Glasson, p. 397 et s.
3. *Annuaire de la Société de législation comparée*, 1873, p. 383.
4. *Annuaire de la Société de législation comparée*, 1876, p. 608.

qu'à l'église et la loi civile aux autres[1]. » Ce système a été maintenu, précisé, renforcé dans le nouveau Code civil[2].

Ce code publié le 6 octobre 1888 reconnaît deux formes de mariage, le canonique et le civil; mais le premier seul est ouvert à tous ceux qui professent la religion catholique; le mariage civil n'est permis qu'aux autres[3]. Quant aux conditions, formes et solennités de la célébration du mariage canonique, on renvoie purement et simplement aux règles du droit canon et au concile de Trente[4]. Cependant, il ne produit les effets civils qu'autant que l'officier municipal (el juez) ou un autre fonctionnaire de l'État a assisté à sa célébration, à seule fin d'assurer sa transcription immédiate sur les registres de l'état civil[5]. Toutefois, si c'est par sa faute que l'officier municipal, dûment prévenu par les futurs époux, n'assiste pas à la célébration, le mariage n'en produit pas moins immédiatement tous les effets civils. Si la faute est aux époux, qui ont négligé de prévenir la municipalité, ils peuvent à tout moment la réparer, en requérant l'inscription du mariage sur les registres de l'état civil, sauf à payer une amende : mais alors les effets civils ne sont acquis qu'à partir de l'inscription[6]. Le législateur a pris d'ailleurs toutes les précautions pour que cette exigence ne gênât pas la pleine application des règles canoniques, et il a trouvé moyen de l'adapter aux mariages *in extremis* et aux mariages de conscience[7]. Quant aux conditions de fond, le Code espagnol ne modifie le droit canonique que sur deux points de quelque importance. D'un côté, les

1. *Le Mariage civil*, etc., p. 297.

2. La loi du 11 mai 1888, posant les bases sur lesquelles devait être établi le nouveau Code, avait formellement exigé cela (Base tercia).

3. Art. 42. « La ley reconoce dos formas de matrimonio : 1° el canonico que deben contraer todos los que profesen la Religion catolica, y 2° el civil que se celebrara del modo que determina este Codigo. »

4. Art. 75. « Los requisitos, forma y solennidades para la celebracion del matrimonio canonico se rigen por las disposiciones de la Iglesia catolica y del santo Concilio di Trente, admitidas come leyes del Reino. »

5. Art. 76 et 77 combinés.

6. Art. 77.

7. Art. 78 et 79.

fiançailles, *sponsalia per verba de futuro*, n'entraînent jamais pour celui qui les a consenties l'obligation de contracter mariage[1]; leur rupture ne donne lieu qu'à des dommages-intérêts[2]; d'autre part, le défaut de consentement des personnes sous l'autorité desquelles est placé un mineur crée un empêchement non pas dirimant, mais prohibitif[3].

La connaissance des actions en nullité ou des demandes en séparation de corps, quand il s'agit du mariage canonique, est attribuée aux tribunaux ecclésiastiques[4]. Cependant, ce principe comporte une double restriction. Lorsqu'un procès en nullité ou en séparation est entamé devant la juridiction ecclésiastique, c'est au tribunal civil qu'il appartient d'ordonner les mesures qu'exige provisoirement la situation, quant à la séparation de fait des époux, à la garde des enfants, aux aliments à assurer pour la femme et les enfants[5]. En second lieu, la sentence définitive, rendue sur la nullité du mariage ou sur la séparation par la juridiction ecclésiastique, ne produira les effets civils que par un jugement du tribunal civil, à qui il faut par conséquent en demander l'exécution[6]; elle doit aussi être inscrite sur les registres de l'état civil.

Le mariage civil qu'organise le Code espagnol pour les non-catholiques, est lui-même très fortement imprégné de droit canonique[7].

1. Art. 43. « Los esponsales de futuro no producen obligacion de contraer matrimonio. Ningun tribunal admitira demanda en que se pretenda su cumplimiento. » Cet article est placé dans la section intitulée : *Disposiciones comunes à las dos formas de matrimonio.*

2. Art. 44.

3. Art. 45 1°, et 50 combinés.

4. Art. 80. « El conocimiento de los pleitos sobre nulidad e divorcio de los matrimonios canonicos corresponde à los tribunales eclesiasticos. »

5. Art. 81 et 68 combinés.

6. Art. 67. « Los efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad de matrimonio y sobre divorcio solo pueden obtenerse ante los tribunales ordinarios. » — Art. 82. « La sentencia firme de nulidad e divorcio del matrimonio canonico se inscribira en el Registro civil y se présentera al tribunal ordinario para solicitar su ejecucion en la parte relativa a los efectos civiles. »

7. Voyez en particulier ce qui concerne les empêchements, art. 45, 50, 83, 101.

J'ai insisté sur les dispositions de la loi espagnole, parce que c'est celle qui laisse aujourd'hui en Europe au droit canonique l'empire le plus étendu sur le mariage : elle lui assure presque une pleine indépendance. Par là, l'Espagne justifie encore son nom traditionnel ; c'est toujours le pays classique de droit canonique. Ce qui montre d'ailleurs qu'il y a là un état de droit commandé par l'esprit des populations et par une tradition encore puissante, c'est que le Portugal a inscrit dans son Code de 1868 un système analogue quoique moins net : là aussi le mariage civil n'est ouvert, en principe, qu'aux non-catholiques [1].

La Roumanie enfin mérite une place à part, dans cette revue trop longue, quoique rapide, des législations européennes. Tout en adoptant presque intégralement dans son Code de 1864 les dispositions du Code civil français sur le mariage, par une combinaison singulière, elle a subordonné la validité et les effets du mariage civil à la célébration du mariage religieux [2].

On le voit, les législations de l'Europe, envisagées dans leurs traits généraux, se divisent en deux groupes. Les unes ont admis le mariage civil comme un principe et avec toutes ses conséquences logiques. Les autres ne l'ont adopté que comme un expédient ; elles en ont fait une sorte de législation supplétoire pour certains cas exceptionnels, laissant le plus grand nombre des mariages, au moins en partie, sous l'empire du droit canonique, catholique ou protestant. Il y a, quant à ceux-ci, comme un partage d'autorité entre la loi religieuse et le pouvoir séculier ; mais, il faut le remarquer, c'est ce dernier qui fait les parts et qui surveille l'exécution du partage.

Partout où le mariage civil s'est établi en maître, l'Église

1. Glasson, *Le Mariage civil*, p. 304 et s. Pour la part faite à l'application du droit canonique dans les républiques de l'Amérique du Sud, dont les habitants sont de race espagnole, voyez : Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 131 et s. Mais l'ouvrage a été publié en 1865, et ne comprend que le droit antérieur à cette année. Je laisse de côté ce point, quoique intéressant, ne m'occupant que de l'Europe dans cette introduction historique.

2. Glasson, p. 306.

catholique a dû reprendre l'ancienne position dont elle s'était contentée pendant des siècles. Le droit canonique, considéré dans son application au mariage, est redevenu, avec le mariage civil, une réglementation purement religieuse ; et l'Église ne peut plus exercer sur les fidèles qu'une juridiction purement disciplinaire. L'Église a repris, disai-je, son ancienne position, mais entre l'ancien état de choses et le nouveau il existe cependant des différences profondes. D'un côté, il est vrai, la législation matrimoniale de la France, de l'Italie, de l'Allemagne, de la Hollande, de la Belgique, de la Suisse est moins éloignée du droit canonique que n'en était le droit romain, même sous les empereurs chrétiens ; mais, d'autre part, l'Église ne saurait avoir, sur les pouvoirs qui représentent l'État dans les sociétés modernes, l'influence qu'elle exerçait sur les successeurs de Constantin, de Clovis et de Charlemagne. Aussi cette dualité de la loi civile et de la loi religieuse, qui n'avait pas empêché l'harmonie de s'établir entre le pouvoir séculier et l'Église dans l'empire romain et dans la monarchie franque, aboutit-elle dans les temps modernes à un véritable antagonisme entre le mariage civil et le mariage canonique. La cause profonde de ce conflit regrettable se trouve moins dans les principes que dans l'histoire. Il provient surtout de ce fait, qu'historiquement le mariage civil s'est présenté comme une conquête de l'État sur l'Église ; et celle-ci, comme toutes les sociétés vivaces, garde, ainsi qu'un trésor sacré, le souvenir et la tradition de ses jours de grande puissance. Elle ne cesse de revendiquer ce qu'elle a possédé jadis ; elle n'a pas renoncé à ce droit exclusif de législation et de juridiction en matière de mariage, qu'elle a exercé pendant des siècles. Elle fait plus. Ces privilèges, qui n'étaient qu'un produit historique, obtenu grâce à certaines circonstances dans un milieu déterminé, elle les revendique comme des droits absolus; elle en fait de véritables dogmes. L'histoire intégrale du passé montre que ces conquêtes étaient de date relativement récente ; leur perte ramène simplement l'Église à ce qui fut sa première et durable condition.

VI

Le développement interne du droit canonique, quant au mariage, a suivi la même marche que la juridiction de l'Église en cette matière. Cependant la succession des périodes distinctes ne coïncide pas absolument de part et d'autre : à ce nouveau point de vue il faut en distinguer trois.

La première commence aux origines de la société chrétienne et va jusqu'au milieu du XII^e^ siècle. C'est, en un sens, la plus féconde, car c'est pendant son cours que se sont produits les principaux éléments constitutifs du système : écrits des Pères de l'Église, décisions anciennes des conciles et des papes, *libri pœnitentiales*, lois des empereurs chrétiens et des monarques francs. Mais on peut dire qu'il n'y a encore que des matériaux épars et point d'édifice. Chacune des règles essentielles du mariage se rattachera à quelques-uns des textes appartenant à cette période; toutes les tendances dirigeantes se sont manifestées; mais c'est encore le chaos. Presque toutes les théories sont encore flottantes et mal fixées. Pour s'en convaincre il suffit de consulter par exemple : au VIII^e^ siècle, les *Monumenta Moguntiana* publiés par Jaffé; au IX^e^, les écrits d'Hincmar de Reims; au XI^e^, les lettres de Fulbert et surtout celles d'Yves de Chartres. Dans toute cette période, il y avait une jurisprudence coutumière sur le mariage dans chaque cour épiscopale, plutôt qu'une théorie générale du mariage en droit canonique. Ceux qui devaient statuer au nom de l'Église sur les causes matrimoniales avaient pour toute instruction les recueils de textes plus ou moins complets, plus ou moins bien coordonnés, qui se répandirent en Occident depuis celui de Denys le Petit jusqu'à ceux d'Yves de Chartres. Mais ces textes, dont l'interprétation était souvent difficile et incertaine, fournissaient un secours insuffisant; c'est la théorie seule qui concilie les textes et dégage les conséquences qu'ils renferment, et la théorie n'était pas encore faite. Sans doute de temps à autre

un esprit hardi et instruit abordait l'exposition d'un point particulier; il existe un assez grand nombre de ces traités singuliers, dont les principaux sont ceux d'Hincmar de Reims, de Jonas d'Orléans, de Petrus Damiani; mais ces expositions fragmentaires ne pouvaient constituer un système. D'ailleurs ce n'étaient pas des jurisconsultes, mais des théologiens qui tentaient ces constructions partielles; cela est vrai à plus forte raison de ceux qui ne traitaient du mariage que dans des ouvrages généraux sur l'ensemble de la théologie, ou sur les sacrements, comme Abélard et Hugues de Saint-Victor[1]. Le droit canonique ne s'était pas encore séparé de la théologie, et c'était cette séparation seule qui devait le constituer à l'état de véritable système juridique.

Au milieu du XII^e^ siècle il se produisit un fait capital. Deux ouvrages parurent dont l'influence devait être décisive sur le développement de la théologie et du droit canonique : les *Libri Sententiarum* de Pierre Lombard et la *Concordia Discordantium canonum* de Gratien. Ce sont deux frères germains, à certains égards; dans leurs parties communes (et la théorie du mariage est la principale) ils paraissent souvent se copier, et c'est encore aujourd'hui un problème discuté que de savoir si là Gratien procède de Pierre Lombard ou Pierre Lombard de Gratien[2]. Quoi qu'il en soit, ils procèdent l'un et l'autre du grand mouvement intellectuel qui s'était produit au XII^e^ siècle en France et en Italie. Ils se proposaient un but semblable : exposer dans un ensemble harmonieux le système entier de la théologie ou du droit canonique, appuyé sur les textes qu'acceptait l'Église, de telle manière que cette exposition, où les textes étaient enchâssés pour en former l'ossature, devait présenter

1. Abélard, *Epitome theologiæ christianæ* (Migne, *Patrolog. lat.*, tome CLXXVIII); Hugues de Saint-Victor, *De sacramentis christianæ fidei* et *Summa sententiarum* (Migne, tome CLXXVI).

2. Sur ce point, voyez en particulier Sehling, *Die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft auf die Ehe*, Leipzig, 1885, p. 47, note 2. M. Sehling contre MM. Sohm et Scheurl, tient que Pierre Lombard a servi de modèle à Gratien. J'aurai plus loin l'occasion de montrer sur un point la priorité très probable de Pierre Lombard. Voyez deuxième partie, titre II, ch. I, section 2, n° 3.

le pour et le contre, ramenés à une conciliation finale. Mais ces deux livres jumeaux introduisaient en réalité une bifurcation dans les sciences ecclésiastiques. L'ouvrage de Pierre Lombard était exclusivement consacré à la théologie[1], bien que, par la force des choses, le livre IV[e] des *Sentences* qui traite des sacrements, abordât bien des points que visait également le droit ecclésiastique. L'ouvrage de Gratien est consacré exclusivement au droit canon, à l'organisation, à l'administration et à la juridiction de l'Église, bien que la première partie, consacrée à l'organisation de l'Église, et la troisième, qui traite de la consécration, c'est-à-dire de certains rites ou sacrements, abordent parfois des points, qui appartiennent au domaine propre de la théologie. Cette différence essentielle apparaît dès le début. Gratien, commence par une définition du droit, Pierre Lombard par une définition de la Trinité. L'ouvrage de Pierre Lombard ne présentait point un caractère profondément nouveau; bien avant lui d'autres docteurs avaient produit des compositions où l'ensemble de la théologie était exposé; il appliquait seulement une méthode connue, avec plus de rigueur et de largeur à la fois que ses prédécesseurs. L'œuvre de Gratien, au contraire, bien inférieure quant à sa valeur propre, était une véritable nouveauté : nulle part encore une exposition systématique et détaillée du droit canonique n'avait été présentée.

Par l'apparition de ces deux livres la séparation de la théologie et du droit canon était doctrinalement affirmée; la destinée ultérieure de ces deux livres allait consommer définitivement cette séparation et constituer deux sciences distinctes. Les *Sentences* de Lombard, nées dans l'Université de Paris, la capitale même des théologiens, devaient servir de fondement à toutes les spéculations théologiques jusqu'à l'apparition de la *Somme* de saint Thomas d'Aquin. La *Concordia* de Gratien, composée à Bologne, dans un milieu où depuis un

1. *Prologus :* « Theologicarum inquisitionum abdita aperire necnon sacramentorum ecclesiasticorum pro modulo intelligentiæ nostræ notitiam tradere studuimus. »

demi-siècle au moins la rénovation du droit romain accomplissait ses prodiges, tomba immédiatement aux mains des juristes. Sans doute ceux qui s'attachèrent à l'étude du droit ecclésiastique, les *canonistæ*, formaient une classe à part, distincte de ceux qui poursuivaient l'étude du droit romain, les *legistæ*. Mais une même méthode, une même éducation intellectuelle les rapprochaient les uns et les autres, et tout bon jurisconsulte devait être initié à l'une et à l'autre étude. Le droit romain et le droit canonique se complétaient, se prêtant un mutuel appui, et le soutien du droit romain était reconnu comme particulièrement nécessaire aux canonistes[1].

Ce qui constitua donc définitivement le droit canonique à l'état de science propre, ce fut l'interprétation du décret de Gratien, conduite par des jurisconsultes, si bien que tout d'abord il fut uniquement représenté par les *Sommes* et les gloses du décret : c'est à peu près ainsi que l'*interpretatio* des XII Tables avait constitué à Rome le *jus civile*. Puis vinrent les collections de décrétales, qui suscitèrent aussi les commentaires, et les travaux des *décrétalistes* s'ajoutèrent à ceux des *décrétistes*. Le *Corpus juris canonici* se constituait peu à peu; s'il ne reçut qu'au commencement du XVI^e^ siècle sa constitution définitive par l'adjonction des Extravagantes de Jean XXII et des Extravagantes communes, dès le premier tiers du XIV^e^ siècle il avait toutes ses parties essentielles et une immense littérature pullulait autour de lui.

La période qui s'étend de la seconde moitié du XII^e^ siècle à la seconde moitié du XVI^e^ est vraiment l'âge d'or, l'âge classique du droit canonique. La théorie du mariage représentait naturellement l'une de ses parties les plus importantes et les plus étudiées ; et, par un phénomène qui n'est point accidentel, l'époque où le droit du mariage présente ainsi sa plus grande originalité dans le système canonique, est aussi celle où le droit canonique avait seul force de loi, et où la juridiction ecclésiastique avait seule compétence en cette matière. Dans

1. On connaît le vieil adage : *Sine canonibus legistæ parum valent, canonistæ sine legibus nihil.*

la seconde moitié du XVI^e^ siècle commence une troisième période, qui s'ouvre par les décisions du concile de Trente. A la suite des grandes crises du XV^e^ siècle, en face de la Réforme, l'Église sentait le besoin impérieux de préciser ses principes essentiels en les affirmant solennellement, et de réformer en même temps son organisation et sa législation. Le mariage était justement l'une des institutions qui exigeaient l'un et l'autre; aussi est-ce une des matières qui ont été le plus profondément touchées par le concile de Trente, c'est aussi l'un des sujets sur lesquels les discussions seront les plus vives entre les Pères du concile. Les réformes opérées par le concile de Trente marqueront d'ailleurs le terme dernier, pour ainsi dire, du développement de la législation canonique sur le mariage. Sans doute les constitutions des papes dans le cours des XVI^e^, XVII^e^, XVIII^e^ et XIX^e^ siècles y ajouteront encore quelques réglementations assez importantes sur des points secondaires; mais avec le concile de Trente la force créatrice est épuisée. Cet épuisement est plus visible encore en ce qui concerne la doctrine : presque aucune théorie juridique notable ne sera introduite par elle après le XVI^e^ siècle, si l'on excepte la *sanatio matrimonii in radice*, telle qu'elle se présente dans le dernier état du droit. Au contraire la solution des questions dogmatiques sur le mariage se précisera de plus en plus et arrivera à former un corps de doctrine complet et harmonieux. C'est là un phénomène dont l'explication est facile. Le jugement des causes matrimoniales ayant tendu de plus en plus à partir du XVI^e^ siècle à passer des juridictions ecclésiastiques aux tribunaux séculiers, l'étude du droit canonique pur, en matière de mariage, devait être abandonnée des jurisconsultes pour se concentrer aux mains des théologiens. Ici encore, et sous l'empire des mêmes causes, on est revenu dans cette troisième période à l'état qui avait distingué la première. La plupart des ouvrages modernes sur le mariage canonique sont des livres de théologiens et de non jurisconsultes[1]; alors même

1. Il faut en excepter les traités qui sortent des universités germaniques ou belges.

que leurs auteurs ont pris leurs grades en droit canon, c'est l'esprit théologique et non l'esprit juriste, qui inspire leurs écrits. Dans les établissements ecclésiastiques où l'on enseigne à la fois le droit canonique et la théologie, il semble de règle (et cela est parfaitement logique) que l'on expose intégralement la théorie canonique du mariage dans les cours de théologie dogmatique et morale, en intercalant seulement dans le cours de droit canonique la procédure des causes matrimoniales [1]. D'un seul côté, la théorie canonique du mariage conserve la valeur d'un système juridique judiciairement appliqué, c'est par la jurisprudence de la Congrégation des cardinaux interprètes du concile de Trente. Ce corps ramène à lui tous les litiges importants que soulève le mariage canonique dans le *forum externum* et sa jurisprudence présente accumulée une masse considérable de documents.

Je n'étudierai point séparément et intégralement la théorie du mariage dans chacune des trois périodes que je viens de distinguer. Je ferai partir mon exposition de la seconde période, celle où le droit canonique commence seulement à exister comme système juridique, régulier et complet ; mais là, sur chaque point que j'étudierai successivement, je présenterai les précédents que contient la première période. En d'autres termes le droit du mariage jusqu'au concile de Trente, tel sera l'objet de la deuxième partie de ce livre, mais les développements les plus étendus, seront consacrés au droit classique en cette matière, au droit qui commence avec le Décret de Gratien et va jusqu'au XVI[e] siècle. Là je présenterai la théorie du mariage dans son ensemble. Je laisserai seulement de côté les relations pécuniaires entre époux. En ce qui

1. Voyez par exemple : *Juris ecclesiastici privati institutiones ad Decretalium enarrationem ordinatæ*, auctore Sebastiano Sanguinetti, e societate Jesu, in pontificia universitate Gregoriana juris ecclesiastici professore, Romæ, 1884, p. 447, n° 662 : « Cum de matrimonio fuse agatur tum in theologia dogmatica, tum in theologia morali, hic nobis dumtaxat considerandum venit matrimonium quatenus objectum est judicii ecclesiastici, atque etiam hoc pacto ut in hac complexione potissima innuenda nobis sint, reliqua exquisitiora ad scholam textus canonici remittamus explicanda in libro IV Decretalium. »

concerne la dot, les conventions matrimoniales, les donations entre époux, le droit canonique ne présente véritablement aucune originalité; il se réfère purement et simplement au droit romain, tel qu'il était interprété par les *legistæ*, et parfois au droit coutumier [1].

Dans une troisième partie j'étudierai le mariage canonique depuis le concile de Trente; et là, fidèle à mon but, qui est uniquement de présenter l'histoire d'un système juridique, je reprendrai seulement, dans la théorie du mariage, les points qu'a touchés le législateur pour les modifier ou ceux sur lesquels il s'est formé une doctrine nouvelle et notable: les autres, restant théoriquement sous l'empire du droit ancien, ne reparaîtront pas dans cette troisième partie. En revanche j'y ai placé tout entière l'institution des dispenses, qui appartient aux trois périodes, mais dont le développement le plus considérable se place dans la dernière; c'est là que, sur ce point, je présenterai l'évolution dans son entier.

Mais avant d'aborder l'exposé de ce plan, je voudrais, dégager les principes dirigeants qui dominent le mariage canonique. Je serai pour cela, forcé d'escompter par avance des résultats qu'établira une démonstration ultérieure; mais je pourrai ainsi éclairer dès l'abord la route à parcourir. L'histoire abrégée des principes me paraît une introduction utile à l'histoire des institutions : aussi, après avoir exposé dans ce premier chapitre les destinées historiques du droit canonique en ce qui concerne la réglementation du mariage, je vais essayer, dans un second, de mettre à nu les ressorts mêmes de sa vie intérieure.

1. Voyez aux Décrétales de Grégoire IX le titre *De donationibus inter virum et uxorem et dote post divortium restituenda* (IV,20), spécialement les chapitres II, VIII, avec la glose et le commentaire de Panormitanus.

CHAPITRE II

Les principes et les tendances du mariage canonique.

I. Le sacrement de mariage. — L'indissolubilité du lien conjugal : le sacrement et le droit naturel. — La compétence des juridictions ecclésiastiques quant aux causes matrimoniales. — La distinction des empêchements dirimants et prohibitifs. — II. Le contrat et le sacrement. — III. L'importance juridique de la *copula carnalis*. — IV. La faveur du mariage. — V. Les prohibitions de mariage fondées sur la parenté ou sur l'alliance. — VI. L'égalité du mari et de la femme.

On ne saurait dire que la législation canonique présente sur le mariage un système parfaitement harmonique et conséquent dans toutes ses parties. Comme tous les systèmes juridiques qui se sont formés lentement, et qui n'ont jamais été révisés dans une codification véritable, elle offre des contradictions logiques et des inconséquences, que l'histoire seule peut expliquer. Mais il n'en est pas moins vrai qu'elle repose sur des principes propres, qui font son originalité; elle obéit à certaines tendances, qui sont son âme même. Je voudrais dégager ces principes, en disant comment ils sont arrivés à se faire proclamer; indiquer ces tendances, en notant les périodes où elles ont exercé leur plus grande influence.

I

Il est un premier principe qui domine tout le droit canonique en matière de mariage. Le mariage est un sacrement.

Je ne songe point ici à étudier dans son histoire, au point de vue de la théologie, le dogme du sacrement de mariage ; cela dépasserait ma compétence et sortirait de mon plan. Mais je dois montrer les conséquences juridiques qu'a produites cette conception. Il en est deux que les canonistes y rattachent expressément : l'indissolubilité du mariage, la compétence exclusive des juridictions ecclésiastiques, quant aux causes qui mettent en jeu le *vinculum matrimonii*.

Le sacrement de mariage entraîne l'indissolubilité de l'union conjugale parce qu'il représente l'union du Christ avec l'humanité et avec l'Église : cette union, la chose figurée, étant indissoluble, la première, qui en est l'image, doit présenter le même caractère. Voilà comment les canonistes de l'époque classique ont toujours justifié l'indissolubilité ; et non seulement cette conception servait à la justifier, mais encore, comme nous le verrons plus loin, elle en donnait la mesure. Il faut ajouter cependant que cette explication ne paraît pas avoir été donnée de tout temps ; et, d'autre part, sans l'abandonner jamais, l'Église en a donné en même temps une autre, qui tend à prévaloir de plus en plus à mesure qu'on s'avance dans les temps modernes.

Dès les premiers temps du christianisme l'Église paraît avoir professé l'indissolubilité absolue du mariage. Sans doute il se produira pendant longtemps une doctrine opposée, ayant pour elle d'éminentes autorités. Sans doute aussi, pendant des siècles, la pratique ecclésiastique ne correspondra pas exactement aux principes posés et laissera la porte assez largement ouverte au divorce[1]. Mais il n'y avait là, je le crois, que des opinions divergentes de la pensée commune, des accommodements nécessaires avec la loi civile. L'indissolubilité absolue était l'idéal et la règle. Seulement pour justifier cette règle, ce ne fut pas d'abord la notion du sacrement qu'on invoqua ; ce furent les déclarations du Christ sur ce sujet qui furent seules d'abord prises en considération. On se bornait à

1. Voir plus loin, deuxième partie, titre III, c. II.

commenter les passages des évangiles qui les contenaient. Saint Ambroise un des premiers les fait suivre du passage de saint Paul, d'où est sortie principalement la théorie du sacrement de mariage[1]. Mais c'est vraiment dans saint Augustin que l'on voit établie pour la première fois une relation logique et nécessaire entre le sacrement et l'indissolubilité; avec lui, ce point de droit est pleinement dégagé. Ses écrits contiennent en ce sens des passages nombreux et probants[2]. Malgré cela, lorsqu'il combat l'opinion qui admet le divorce pour adultère de la femme, saint Augustin fait porter encore tout le poids de la discussion sur l'interprétation des paroles évangéliques[3]. Mais le principe dès lors était posé et il poussera des racines de plus en plus profondes. Dans la seconde moitié du IXe siècle, c'est directement au sacrement qu'Hincmar de Reims rattache

1. *Expositio in Lucam*, lib. VIII, n° 5 : « Dimittis ergo uxorem quasi jure, sine crimine; et putas id tibi licere, quia lex humana non prohibet: sed divina prohibet... Audi legem Domini cui obsequuntur etiam qui leges ferunt: « Quæ Deus conjunxit homo non separet. » — N° 9 : « Tamen quia supra proposuit regnum Dei evangelizare, et cum dixisset de lege unum apicem non posse cadere, subjecit : « Omnis qui dimittit uxorem suam et ducit alteram, mœchatur. *Recte admonet apostolicus dicens sacramentum hoc magnum esse de Christo et Ecclesia.* »

2. *De nuptiis et concupiscentia*, I, x (édit. Vivès, tome XXX, p. 431) : « Verum etiam quoddam sacramentum nuptiarum commendatur fidelibus conjugatis... hujus proculdubio sacramenti res est, ut mas et femina connubio copulati quamdiu vivunt inseparabiliter perseverent, nec liceat, excepta causa fornicationis, a conjuge conjugem dirimi. Hoc enim custoditur in Christo et Ecclesia, ut vivens cum vivente in æternum nullo divortio separetur... Ita manet inter viventes quoddam conjugale, quod nec separatio, nec cum altero copulatio possit auferre. Manet autem ad noxam criminis non ad vinculum fœderis, sicut apostata anima velut de conjugio Christi recedens, etiam fide perdita sacramentum fidei non amittit quod lavacro regenerationis accepit. » *Ibid.*, c. XIII, p. 433 : « Omnis itaque nuptiarum bonum impletum est in illis parentibus Christi, proles, fides, sacramentum; prolem cognoscimus ipsum Dominum Jesum; fidem quia nullum adulterium; sacramentum quia nullum divortium. » — *Ibid.*, c. XVII, p. 437 : « Sacramentum vero, quod nec separati nec adulterati amittunt conjuges, concorditer casteque custodiant. » *Ibid.*, c. XXI, p. 442 : « Quod ergo est in Christo et Ecclesia magnum, hoc in singulis quibusque viris atque uxoribus minimum sed tamen conjunctionis inseparabilis sacramentum. » — *De adulterinis conjugiis*, II, V; tome XXI, p. 619; c. II, C. XXXII, qu. 7.

3. *De adulterinis conjugiis*, passim.

l'indissolubilité ; avec lui la théorie prend même une forme nouvelle, préparée par des textes antérieurs : le mariage ne devient vraiment indissoluble que lorsque, consommé par la *copula carnalis*, il représente véritablement l'union du Christ qui s'est fait chair pour s'unir à l'Église[1]. Sur ce dernier point des modifications se produiront dans la suite, mais le principe même restera celui de tous les grands canonistes. Tous font dériver l'indissolubilité du sacrement, et ne reconnaissent comme indissolubles que les unions qui sont en même temps des sacrements. Ils refusent ce caractère aux mariages des infidèles, car le sacrement de mariage, comme tous ceux de la nouvelle loi, présuppose le baptême[2]. L'idée fondamentale à laquelle ils se rattachent est présentée par eux avec la plus

1. *De nuptiis Stephani et filiæ Regimundi comitis* (*op.* édit. Sirmond, tome II, p. 652) : « Nos ostendere possumus quia non omnes nuptiæ conjugalem copulam faciunt, quas non sequitur commixtio sexuum... Nec habent nuptiæ in se Christi et Ecclesiæ sacramentum, sicut B. Augustinus dicit, si se nuptialiter non utuntur, id est, si eas non subsequitur commixtio sexuum.... » P. 659 : « Sciat, ut traditione majorum docuimus propter talem desponsationem, dotationem atque pro talibus nuptiis, sicut istæ fuerunt, non esse conjugium quibus defuit conjunctio sexuum, ac cum prolis spe sacramentum. » P. 657 : « In copula vero conjugali in qua desponsatione, dotatione et nuptiarum sacramento, corporis scilicet unitate, Christi et Ecclesiæ videtur fuisse mysterium, nisi morte corporis intercedente, conjugii non poterit solutio fieri sicut evangelica et apostolica testatur auctoritas, et omnium catholicorum doctorum chorus. »

2. *Dictum Gratiani* sur c. xxvii, C. XXVIII, qu. 1 : « Legitimum conjugium est quod legali institutione vel provinciæ moribus contrahitur. Hoc inter infideles ratum non est, quia non est firmum et inviolabile conjugium eorum. Dato enim libello repudii, licet eis recedere ab invicem et aliis copulari lege fori, non lege poli quam non sequuntur. Inter fideles vero ratum conjugium est, quia conjugia, semel inita inter eos, ulterius solvi non possunt. » Hostiensis, *Summa* (édit. Lugduni, 1517, p. 349) : « Et hoc intelligas de matrimonio fidelium ; cum enim baptismus sit fundamentum omnium sacramentorum, patet quod in pagano vel in judæo hæc cadere non possunt. » — Panormitanus, sur c. vii, X, *De divort*, IV, 19, n° 5 : « Puto sic dicendum quod ideo ponderatur baptismus in indissolubilitate matrimonii, quia, ubi non est fides christiana, matrimonium non habet suum significatum ; nam matrimonium consummatum denotat unionem et conformitatem quæ est inter Deum et Ecclesiam per assumptionem carnis humanæ. Unde sicut figuratum est indissolubile, quia carnem quam Deus assumpsit nunquam dirimit, ita et matrimonium illud figurans debet esse indissolubile sicut figuratum. Hoc

grande netteté[1], et la même conception se trouve chez les théologiens anciens; il suffira de citer Pierre Lombard[2] et saint Thomas d'Aquin[3].

Mais cette explication de l'indissolubilité du mariage, n'est pas la seule qui ait été donnée par la théologie : deux autres sont présentées, dont la portée est tout autre. D'après l'une, cette indissolubilité viendrait du droit naturel lui-même, le mariage ne pouvant remplir sa fin que s'il est indissoluble; d'après l'autre, elle aurait été établie par le droit divin positif, à l'origine même de la famille humaine. Lors de la première institution du mariage, Dieu aurait mis dans la bouche d'Adam les paroles qui devaient en être la règle : *Quamobrem homo relinquet patrem et matrem et adhærebit uxori suæ et erunt duo in carne una*[4]. Les deux thèses, quoique distinctes,

autem significatum non habet matrimonium quod est inter infideles, quia negant assumptionem carnis, et sic matrimonium inter eos non est ita firmum et indissolubile quia cessat inter eos ratio indissolubilitatis. »

1. Hostiensis, *Summa*, p. 348 : « Dicitur sacramentum non quia ipsum sacramentum sit conjugium sed quia est ejusdem rei sacræ signum, scilicet spiritualis et inseparabilis conjunctionis Christi et Ecclesiæ, quod quamdiu matrimonium durat inseparabiliter adhæret... Nunquam est matrimonium sine sacramento. Nam etsi interdum corporalis separatio fiat causa fornicationis vel ex communi consensu causa orationis, sacramentalis tamen separatio inter fideles fieri non potest nisi cum desinit vinculum matrimonii, puta per mortem utriusque vel alterius conjugum, vel per ingressum religionis ante carnalem copulam. » — Panormitanus, sur c. VII, X, *De conv. conj.*, III, 39, n° 12 : « Nam matrimonium, quatenus res est et non sacramentum, posset dissolvi sicut cæteri contractus; sed quatenus est sacramentum regulatur a natura et significatu ipsius rei significatæ. »

2. *Sententiæ*, lib. IV, D. XXXI, *C.* : « Sacramentum vero ita inseparabiliter conjugio hæret legitimarum personarum, ut sine illo conjugium non esse videatur, quia semper manet inter viventes vinculum conjugale, ut, etiam interveniente divortio fornicationis causa, conjugalis vinculi firmitas non solvatur. Ubi vero non inter legitimas personas contrahitur conjugium, non adest illud bonum quod dicitur sacramentum, quia potest solvi talium copula. »

3. *Summa*, prima secundæ, qu. 102, art. 5 : « Matrimonium fuit quidem in veteri lege, prout erat in officium naturæ, non autem prout est sacramentum conjunctionis Christi et Ecclesiæ, quæ nondum erat facta, unde et in veteri lege dabatur libellus repudii, quod est contra rationem sacramenti. » Cf. Sanchez, *De sacrosancto matrim. sacramento* (édit. Viterbii, 1754) tome I, p. 100; Perrone, *De matrim. christiano libri tres*, Romæ, 1858, tome III, p. 150 et suiv.

4. *Gen.*, II, 23, 24.

se rapprochent assez pour que les auteurs ne les aient pas le plus souvent séparées, mais les aient au contraire cumulativement présentées. Elles ont pour elles des autorités anciennes. C'est la doctrine que présente à plusieurs reprises Yves de Chartres [1]. On peut y rapporter deux décrétales célèbres, où est employé le mot *sacramentum* pour désigner le mariage des infidèles [2]; car ce mot ne peut désigner là le sacrement de mariage proprement dit, et il ne peut avoir de sens utile que s'il attribue au mariage des infidèles les autres qualités du mariage des chrétiens. Enfin, une constitution de Boniface VIII (c. un. VI° *De voto*, III, 15) en contient l'expression la plus nette [3]. Malgré cela, cette double conception n'exerça aucune influence sérieuse sur les canonistes de l'époque classique. Ils constataient bien d'ordinaire la première institution du mariage par les paroles que la *Genèse* met dans la bouche d'Adam, mais ils ne songeaient point d'ordinaire à en tirer des conséquences juridiques. Leur théorie, quant à l'indissolubilité, avait été bâtie sur le principe du sacrement et ils y restaient fidèles ; ils se la transmettaient avec cette force de tradition qui distingue les juristes. Admettre que l'indissolubilité dérivait du droit naturel ou de la première institution du mariage, c'était reconnaître logiquement que les mariages des infidèles étaient indissolubles aussi bien que ceux des chrétiens [4]. Or cela eût bouleversé l'ordonnance du droit ca-

1. *Ep. CLV* (p. 266) : « Ita enim ab ipsa mundi creatione naturale et inviolabile manet conjugii sacramentum ; ut nec prævaricatio originalis illud abstulerit, nec diluvii sententia, crimina diluens, immutaverit. Quod ergo divina sententia sanxit et immutabile fieri voluit, non debet humano interdicto disjungi. » — *Ep. CCXXX* (p. 401) : « Quoniam a principio conditionis humanæ naturali institutione conjugium constat esse sancitum, nullum credo posse fieri divortium nisi causa interveniat quam Lex admittit aut Evangelium. »

2. C. XI, X, *De transact.*, I, 36 (Honorius III) : « Utpote conjugii sacramentum, quod cum non solum apud Latinos et Græcos sed etiam apud fideles et infideles existat. » C. VIII, X, *De divort.*, IV, 19 (Innocent III) : « Cum sacramentum conjugii apud fideles et infideles existat. »

3. « Matrimonii vero vinculum ab ipso Ecclesiæ capite rerum omnium conditore ipsum in paradiso et statu innocentiæ instituente unionem et indissolubilitatem acceperit. »

4. Yves de Chartres, *Ep. CCXXX* : « Adhuc enim vigebant Judæorum et genti-

nonique, car c'était un principe reçu que le mariage des infidèles était *verum sed non ratum*, et que l'un de deux époux infidèles converti à la foi chrétienne pouvait, à de certaines conditions, répudier son conjoint et contracter un nouveau mariage. L'un des premiers au xv[e] siècle, Panormitanus, examine la difficulté, qu'il résout, non sans peine, et il constate en même temps que les docteurs ne l'abordent pas [1].

A d'autres points de vue, ces thèses soulevaient d'ailleurs de graves objections de principe. Comment concilier avec elles les divorces admis chez les Hébreux, soit par les coutumes patriarcales, soit par la loi mosaïque? Si l'indissolubilité était de droit naturel, le droit divin positif n'aurait pas pu lui-même admettre le divorce [2]; si elle dérivait du droit divin positif et de la première institution du mariage, la faculté de divorcer, inscrite dans la loi mosaïque, devait être considérée comme une dispense accordée par Dieu même [3].

lium secundum legem naturalem sociata conjugia et nulla vel rarissima erant christianorum connubia, quando, apostolis interrogantibus si licet homini uxorem dimittere, responsum est a Domino, nullum conjugatorum fieri posse divortium, excepta fornicationis causa. »

1. Sur le c. VII, X, *De divort.*, IV, 29, n° 5 : « Cum matrimonium sit verum inter infideles non videtur quod possit separari, non obstante defectu baptismi. Nam Christus interrogatus a Judæis, qui non habebant baptismum, respondit : Quod Deus conjunxit homo non separet. Sic ostendit indissolubilitatem matrimonii, etiam inter infideles. Ad idem facit quod matrimonium fuit longe ante baptismum in statu innocentiæ in paradiso et recepit indissolubilitatem suam cum fuit dictum : Et erunt duo in carne una. Doctores non tangunt... Nec obstat quod dicitur : Quod Deus conjunxit homo non separet, quia non est homo qui dissolvit in hoc casu sed Ecclesia authoritate divina. Nam Ecclesia interpretatur in hoc jus divinum, et inducit hoc etiam favore fidei, ne infideles tepescerent redire ad fidem, videntes se arctari ad continentiam, uxoribus renuentibus secum cohabitare. »

2. Perrone, *op. cit.*, tome III, p. 119 : « Præterea certum est Deum interdum, imo sæpius, hac in re dispensasse, dissolutionemque vinculi conjugalis permisisse. Ergo evidens est non esse conjugium ita firmum, spectato jure naturæ, ut nunquam possit dissolvi; si enim dissolutio stricto et primario naturæ juri opponeretur, ea utpote essentialiter ac semper mala nunquam a Deo permitti possit. » Cf., p. 135.

3. Perrone, *op. cit.*, tome III, p. 150 : « Patet ejusmodi constitutionem mosaïcam non fuisse præceptivam sed tantum permissivam, ac per eam divinitus dispensationem datam fuisse primævæ legi indissolubilitatis a Deo ipso constitutæ in nuptiarum institutione inter protoparentes. »

Ce qui paraissait surtout difficile à démontrer, c'est que le mariage fût indissoluble en droit naturel. En effet, la fin du mariage selon la nature, c'est d'abord la propagation de l'espèce, mais alors la répudiation de la femme stérile paraît s'imposer en droit ; c'est, en second lieu, la satisfaction des besoins sexuels et le remède à la fornication, mais alors la répudiation d'un conjoint devenu constamment malade et impuissant apparaît comme légitime [1]. Cependant, cette opinion prenant de plus en plus faveur parmi les théologiens, ceux-ci ont trouvé une réponse aux objections, réponse toujours facile d'ailleurs, quand on parle de droit naturel. Elle consiste à changer le sens de cette expression. Dans une théorie, que nous retrouverons plus tard sur notre route, ils distinguent pour ainsi dire deux couches de droit naturel. L'une comprend les préceptes universels qui sont comme les premiers principes du droit de la nature, et ceux-là s'imposent d'une manière absolue, ne peuvent être écartés par Dieu même. L'autre comprend des conclusions plus éloignées, tirées des premiers préceptes, et ces préceptes secondaires contiennent bien la règle de la justice, mais ils ne sont pas tellement immuables que la dispense ne puisse en être accordée par Dieu [2]. Pour le mariage, appartiennent à la première couche les règles que commande la fin première et directe de l'union conjugale, à la seconde les règles sans lesquelles cette fin peut bien être atteinte, mais l'institution ne saurait porter

1. Bellarmin, *De matrimonio*, c. IV, n° 2 ; Sanchez, *De matrim.*, l. II, disp. XIII ; Perrone, *op. cit.*, tome III, p. 119 et suiv.

2. Sanchez, *op. cit.*, l. VIII, disp. VI, nos 2 et suiv. ; Perrone, *op. cit.*, III, p. 24 : « Distingui igitur debent duo præceptorum generalium genera, quorum alterum constat ex universalibus et communissimis, quæ sunt veluti principia prima juris naturæ ; alterum constituitur ex conclusionibus, quæ ex primis illis principiis derivantur. Jam vero principia illa prima ac universalissima et ab omnibus admissa rectitudinis normam ac regulam ita constituunt ut nullo unquam in casu in iis dispensari possit ; secundaria autem, quæ nempe ex illis primis deducuntur, licet regulam rectitudinis contineant, non ita sunt firma ut, mutatis rerum, temporum ac personarum adjunctis, in iis dispensari non possit ac ea mutari, non quidem ab hominibus, sed a Deo legis naturæ auctore. »

tous ses fruits. En se rattachant à cette distinction, les théologiens déclarent que la polyandrie est contraire au *droit naturel primaire* et la polygamie seulement au *droit naturel secondaire*, parce que la première seule, et pas la seconde, entraverait la procréation des enfants [1]. De même l'indissolubilité du lien conjugal est une règle du *droit naturel secondaire*; car, si elle n'est pas commandée par la fin première de l'institution, elle correspond au vœu des époux lorsqu'ils contractent, et l'affection des parents, l'éducation morale des enfants l'exigent impérieusement [2].

Par là, on arrive à fondre dans un système harmonique la doctrine qui fait dériver l'indissolubilité du droit naturel et celle qui la rattache au sacrement. De droit naturel, le mariage est indissoluble, mais cette indissolubilité n'est point absolue; elle devient plus complète, lorsque le mariage prend le caractère de sacrement; elle devient absolue, lorsque le mariage chrétien, consommé par la *copula carnalis*, représente exactement l'union du Christ et de l'Église [3]. Les divers termes dont se compose cette progression se sont historiquement présentés comme des doctrines successives et indépendantes, ainsi qu'on le verra dans la suite; mais ils se sont combinés dans une synthèse définitive.

1. Perrone, *op. cit.*, III, p. 24.

2. Perrone, tome III, p. 120 et suiv.

3. Sanchez, *op. cit.*, l. II, disp. XIII, n° 7 : « Omnimodam indissolubilitatem non competere matrimonio ex jure naturæ, nec ex ratione sacramenti, sed ex significatione qua Christus evexit illud ad significandum unionem indissolubilem Christi cum Ecclesia; et quia hæc significatio tantum convenit in matrimonio consummato illud solum omnimodo esse indissolubile. » — Perrone, *op. cit.*, III, p. 157 : « Nobis videtur ex una parte conjugii indissolubilitatem ex ipso naturæ exposci jure adeo, ut nihil sit in rerum natura quod illud dissolvere ac dirimere valeat, nullaque humana potestas quæ vinculum possit attingere. Verum et illud fatemur ejusmodi firmitatem omnimodam haud spectare ad jura primaria seu essentialia legis naturalis... Ex altera vero parte negari haud posse videtur majus adhuc robur, firmioremque indissolubilitatem nactum esse matrimonium christianorum, tum ex jure positivo divino, dicente Christo : Quod Deus conjunxit homo non separet, tum ex veritate sacramenti, quo fit, ut nullo unquam in casu matrimonium fidelium semel consummatum possit dissolvi. »

L'Église, dans l'expression officielle de sa doctrine, a pratiqué cet éclectisme au moins depuis le XVI^e^ siècle. Dans ce sens est en effet conçu le préambule arrêté par les Pères du concile de Trente, et qui précède les canons sur le mariage adoptés par eux[1]; dans ce sens également est rédigé le catéchisme romain[2]. Benoît XIV, dans sa constitution *Dei miseratione*, de l'année 1741, justifie l'indissolubilité à la fois par l'institution première du mariage, par le droit naturel et par le caractère du sacrement[3].

De nos jours, la doctrine officielle de l'Église semble insister surtout sur l'indissolubilité de droit naturel. Celle-ci est visée particulièrement dans le *Syllabus* de Pie IX[4], et le pape Léon XIII, dans son encyclique *Arcanum divinæ*, du 10 fé-

1. *Sessio XXIV*, *Doctrina de sacramento matrimonii* (édition Schulte et Richter, Lipsiæ, 1853, p. 214) : « Matrimonii perpetuum indissolubilemque nexum primus humani generis parens divini Spiritus instinctu pronunciavit, cum dixit : Hoc nunc os ex ossibus meis, et caro de carne mea : quamobrem relinquet homo patrem suum et matrem, et adhærebit uxori suæ et erunt duo in carne una. — Hoc autem vinculo duos tantummodo copulari et conjungi Christus Dominus apertius docuit, quum postrema illa verba tanquam a Deo prolata referens dixit : Itaque jam non sunt duo sed una caro, statimque ejusdem nexus firmitatem ab Adamo tanto ante pronunciatam his verbis confirmavit : Quod ergo Deus conjunxit homo non separet. — Gratiam vero quæ naturalem illum amorem perficeret et indissolubilem unitatem confirmaret conjugesque sanctificaret ipse Christus venerabilium sacramentorum institutor atque perfector sua nobis Passione promeruit, quod Paulus apostolus innuit dicens : Viri, diligite uxores vestras sicut Christus dilexit Ecclesiam, et seipsum tradidit pro ea, mox subjungens : Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et Ecclesia. »

2. *De matrim.*, Sect. I, § 11 : « Quamvis matrimonium, quatenus naturæ est officium, conveniat ut dissolvi non possit, tamen id maxime fit quatenus est sacramentum. »

3. Dans Schulte et Richter, *Canones et decreta concilii Tridentini*, p. 565 : « Siquidem matrimonii fœdus a Deo institutum, quod et quatenus naturæ officium est, pro educandæ prolis studio aliisque matrimonii bonis servandis, perpetuum et indissolubile esse convenit; et quatenus est catholicæ Ecclesiæ sacramentum, humana præsumptione dissolvi non posse, Salvator ipse ore suo pronunciavit dicens : Quod Deus conjunxit, homo non separet. »

4. *Errores de matrimonio christiano*, § 8, n° 67 : « Jure naturæ matrimonii vinculum non est indissolubile et in variis casibus divortium proprie dictum auctoritate civili sanciri potest. »

vrier 1880, l'affirme également tout en insistant sur les effets du sacrement[1].

Le second effet juridique que les canonistes ont expressément rattaché au sacrement de mariage, c'est la compétence exclusive des juridictions ecclésiastiques quant aux causes matrimoniales. Mais ici nous sommes en face d'une conception qui sûrement n'appartient pas au fonds primitif. Ce n'est pas par une revendication de principes que l'Église conquit la juridiction sur le mariage. Après l'avoir pendant des siècles partagée avec l'État, elle l'obtint sans partage au moyen âge par un concours de circonstances, que j'ai cherché à décrire précédemment. Mais lorsque cette compétence fut bien établie et qu'on en fit la théorie, on la justifia en disant que seule l'Église pouvait connaître des sacrements[2]. Cependant on n'insistait pas beaucoup sur cette considération, et parfois même on préférait des arguments moins solides. Cette com-

1. « Jam vero apostolis magistris accepta referenda sunt, quæ sancti Patres nostri, concilia et universalis Ecclesiæ traditio semper docuerunt, nimirum Christum Dominum ad sacramenti dignitatem evexisse matrimonium; simulque effecisse ut conjuges, cœlesti gratia quam merita ejus pepererunt septi ac muniti, sanctitatem in ipso conjugio adipiscerentur; atque in eo, ad exemplar mystici connubii sui cum Ecclesia mire conformato, et amorem, qui est naturæ consentaneus, perfecisse, *et viri et mulieris individuam suapte natura societatem* divinæ caritatis vinculo validius conjunxisse. »

2. Bertrandi, *De origine jurisdictionum* (dans le *Tractatus tractatuum*, t. III, I, p. 30) : « Dicendum est quod de se et jure suo (jurisdictio ecclesiastica) extenditur ad cognoscendum et judicandum de omnibus peccatis, non solum de illis quæ sunt contra articulos fidei et sacramenta in quibus principaliter fundatur religio christiana, sed etiam de omnibus peccatis mortalibus. » — Panormitanus, sur c. III, X, *De ord. cogn.*, II, 10, n° 3 : « Causa matrimonialis spectat ad judicem ecclesiasticum non solum quando agitur inter ipsos conjuges et disputatur de validitate conjugii, sed etiam quando principaliter agitur de legitimitate, cum decisio dependeat ex validitate matrimonii. Et est ratio secundum Innocentium quia cum scriptum sit : Quod Deus conjunxit homo non separet, ita pronuntiare non fuisse matrimonium vel esse inter aliquos non homo sed solus vicarius Dei potest judicare. Intelligo : vicarius Dei vel deputatus ab eo, ut est episcopus, qui de hoc cognoscit. Item addo aliam rationem magis specialem. Matrimonium est unum de septem sacramentis, merito non laïcus sed Ecclesia habet de eo judicare. Item matrimonium fuit inductum de jure divino et non civili, ideo ad vicarium instituentis seu deputatum per eum pertinet cognitio ejus. »

pétence des juridictions ecclésiastiques était jadis si universellement admise qu'on éprouvait à peine le besoin de la justifier : la lutte portait alors sur d'autres points plus contestés. Mais au concile de Trente, lorsque cette compétence sera solennellement affirmée dans un canon sanctionné par l'anathème[1], la plupart des orateurs la rattacheront expressément au sacrement, en la limitant aux causes où celui-ci sera en jeu[2].

De nos jours, ici comme pour l'indissolubilité du lien conjugal, la doctrine de l'Église paraît avoir pris un point de vue un peu différent. Elle tend à affirmer que par leur nature propre, indépendamment du caractère sacramentel, les causes matrimoniales relèvent de la puissance ecclésiastique. C'est ce qui paraît ressortir du *Syllabus* de Pie IX[3] ; c'est ce qui se dégage plus nettement encore de l'encyclique de Léon XIII, du 10 février 1880[4].

1. *Sessio XXIV*, *Canones de sacramento matrimonii*, XII : « Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad judices ecclesiasticos, anathema sit. »

2. Voyez par exemple *Didacus de Payva*, (dans Theiner, *Acta genuina*, II, p. 239) : « Improbavit opinionem illorum qui tenent matrimonia ante benedictionem sacerdotis non esse sacramenta. Quod si verum est, non est cur respondeatur, neque ad jurisdictionem ecclesiasticam pertinent, cum ea ratione matrimonia ad ecclesiasticum judicem pertineant quia sacramenta sunt. » — *Larinensis* (ibid), II, p. 324 : « Causæ matrimoniales concernentes sacramentum »; le même, II, p. 355. — Cf. *Bellosillo*, II, p. 241; *Parisiensis*, II, p. 321; *Gaditanus*, II, p. 330; *Corosopinensis*, II, p. 330; *Oppidensis*, II, p. 331; *Senonensis*, II, p. 345; *Assaphensis*, II, p. 355.

3. *Errores de matrimonio christiano*, § 8, n° 74 : « Causæ matrimoniales et sponsalia *suapte natura* ad forum civile pertinent. » L'idée que je signale me paraît résulter des mots *suapte natura*, et de ce que les fiançailles, qui n'engagent pas la question de sacrement, sont mises ici sur la même ligne que le mariage.

4. « Inest in eo sacrum et religiosum quoddam non adventitium sed ingenitum, non ab hominibus acceptum *sed naturæ insitum*... Testamur et monumenta antiquitatis, et mores atque instituta populorum qui ad humanitatem magis accesserunt et exquisitiore juris et æquitatis cognitione præstiterunt, quorum omnium mentibus informatum anticipatumque fuisse constat, ut, cum de matrimonio cogitarent, forma occurreret eis cum religione et sanctitate conjuncta. Hanc ob causam nuptiæ apud illos non sine cæremoniis religionum, auctoritate pontificum, ministerio sacerdotum fieri consueverunt. *Ita magnam in animis cœlesti doctrina carentibus vim habuit*

L'indissolubilité du lien conjugal, la compétence exclusive des juridictions ecclésiastiques quant aux causes matrimoniales sont les seules règles juridiques expressément rattachées par les canonistes au sacrement de mariage. Mais il en est une troisième qui me paraît remonter à la même source : c'est la distinction des empêchements de mariage en *prohibitifs* et *dirimants*, distinction créée par les canonistes et qui a passé dans le droit civil de la plupart des nations occidentales. Sans doute la répartition des empêchements entre les deux classes ne s'est point toujours faite dans les temps anciens par l'action d'une pensée réfléchie, par application d'un principe certain : ce qui le montre bien, c'est que la liste des uns et des autres ne sera définitivement arrêtée qu'assez tard, et nous verrons des empêchements devenir prohibitifs, de dirimants qu'ils étaient, ou à l'inverse. Sans doute aussi, des systèmes juridiques antérieurs avaient parfois admis que les prohibitions légales n'auraient pas pour effet d'annuler les actes accomplis contrairement à leur teneur; il suffira de rappeler les *leges imperfectæ* des Romains. L'axiome que répéteront à cet égard les canonistes : *Non omne quod non licet nullum est*, peut très bien être un vieux proverbe juridique. Enfin le caractère même, qu'eut pendant longtemps la juridiction ecclésiastique sur le mariage, conduisit naturellement l'Église à organiser un grand nombre d'empêchements sous la forme simplement prohibitive : tant qu'elle n'exerça qu'une action purement disciplinaire, elle ne pouvait produire l'équivalent d'un empêchement dirimant que par des voies indirectes, en contraignant, par ses censures, les époux à rompre eux-mêmes leur union. Malgré tout cela, il me paraît vrai de

natura rerum, memoria originum, conscientia generis humani. Igitur cum matrimonium sit sua vi, sua natura, sua sponte sacrum, consentaneum est ut regatur ac temperetur non principum imperio sed divina auctoritate Ecclesiæ, quæ rerum sacrarum sola habet ministerium. Deinde consideranda est sacramenti dignitas, cujus accessione matrimonia christianorum evasere longe nobilissima : de sacramentis autem statuere et præcipere, ita, ex voluntate Christi, sola potest et debet Ecclesia, ut absonum sit plane potestatis ejus vel minimam partem ad gubernatores rei civilis velle esse translatam. »

dire que la considération du sacrement donna seule une base solide et ferme à la distinction des deux catégories d'empêchements. Le mariage étant un sacrement, on considéra comme très grave de prononcer, dans le *forum externum*, la nullité d'une union apparente qui pouvait avoir ce caractère : il fallut pour cela un texte, émanant d'une autorité compétente pour donner des lois à l'Église, et prononçant la nullité. Par là même, la présomption s'établit que tous les empêchements étaient simplement prohibitifs.

La thèse ainsi entendue est déjà très nettement présentée par Yves de Chartres, et à plusieurs reprises[1]. Sous ses mains, la théorie des empêchements dirimants prend une base solide mais remarquablement étroite : il ressort en effet de sa doctrine que tout empêchement dirimant doit viser l'absence de l'une des conditions essentielles du mariage, et que la nullité du mariage ne peut pas être déclarée si un texte ne la prononce pas expressément ; il faut pour cela *causa legibus cognita*. Voilà, établi, avec une parfaite netteté, un principe fondamental du droit canonique qui a passé dans notre droit civil. Il semblerait même que, d'après Yves de Chartres, les empêchements dirimants, sauf ceux que l'on ramènera au droit naturel et qui consistent dans un vice du consentement, doivent nécessairement s'appuyer sur un texte de l'Écriture, soit de l'Ancien, soit du Nouveau Testament (*Lex* et *Evangelium*) ; et il n'en indique for-

1. *Ép. CXLV* (p. 266) : « Quod ergo divina sententia sanxit et immutabile fieri voluit non debet humano interdicto disjungi, nisi fuerit absque contrahentium factum consensu, aut per se criminosum, id est adulterinum aut incestuosum. Quod cum evenerit non est differendum sed separatione sanandum. Ubi vero ista defuerint, sive sint raptores, sive excommunicati, sive quolibet alio vitio conjuges infecti, tamen hæc omnia toleranda sunt pro conservanda fide conjugii... Nec tamen dico quod contra interdicta copulanda sint conjugia ; sed si copulata sunt propter has causas non esse disjungenda. Qui autem contra interdicta talia conjugia contraxerint, vel presbyteri qui ea consecraverint, pro inobedientia sua digna satisfactione ad arbitrium judicis sui corrigantur, ut cæteri a tali temeritate compescantur : conjugia vero nisi causa a legibus cognita minime solvantur. » — *Ép. CCXXX* (p. 461) : « Quoniam a principio conditionis humanæ naturali institutione conjugium constat esse sancitum, nisi causa interveniat quam Lex admittit aut Evangelium. »

mellement que deux : la bigamie et l'inceste[1]. Mais de son temps on en reconnaissait sûrement un plus grand nombre, et il est difficile de croire que, dans sa pensée, la législation de l'Église, la *constitutio ecclesiastica*, ne pouvait pas établir des empêchements dirimants. Dans tous les cas, cette opinion, qui devait être solennellement condamnée par le concile de Trente[2], ne s'implanta pas dans l'Église. Il fut admis comme doctrine certaine que non seulement l'autorité des conciles, mais encore la seule décision du pape pouvait établir des empêchements dirimants[3]. Mais néanmoins l'idée qui avait précisé la théorie des empêchements dirimants, c'est-à-dire le respect du sacrement, conserva son empire; cela se voit bien à la sûreté des doctrines quand elles restent fidèles à ce point de départ, à leur incertitude quand elles s'en éloignent. L'exposition des docteurs, sur l'effet de l'*interdictum Ecclesiæ* quant au mariage, est très instructive à cet égard. Lorsque l'interdiction de contracter mariage émanait d'une autorité inférieure à la papauté, tous étaient arrivés à reconnaître qu'elle ne pouvait avoir pour effet de rendre le mariage nul[4]; mais la question devenait délicate quand l'*interdictum* émanait du pape, qui pouvait établir des empêchements dirimants; même alors, on tendait manifestement à en restreindre les effets irritants[5]. C'était aussi dans le même esprit qu'on discutait la question de savoir si et à quelles conditions la coutume pouvait établir

1. *Ép. CCXXX* : « Responsum est a Domino nullum conjugatorum fieri posse divortium, excepta fornicationis causa. Sed quia secundum apostolicam doctrinam thorum immaculatum et honestum connubium oportet esse in omnibus, crescente religione christiana ad causas divortii additus est incestus. »

2. *Sessio XXIV*, *Canones de sacramento matrim.*, c. IV : « Si quis dixerit Ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia vel in iis constituendis errasse : anathema sit. »

3. Sanchez, *op. cit.*, l. VII, disp. I.

4. C. II, X. *De matrim. contract. contra int. Eccl.* IV, 16 : « Licet enim contra interdictum Ecclesiæ ad secunda vota transire non debuerit, non est tamen conveniens ut ob id solum sacramentum conjugii dissolvatur; aliqua tamen pœnitentia eis debebit imponi, quia contra prohibitionem Ecclesiæ hoc fecerunt. »

5. Sanchez, *op. cit.*, l. VII, disp. IV.

des empêchements dirimants[1]. Au concile de Trente on verra clairement combien la préoccupation du sacrement rendait difficile l'introduction d'un nouvel empêchement dirimant, lorsqu'on discutera la question des mariages clandestins[2]. L'objection très forte qui sera constamment présentée sera celle-ci : Vous allez annuler des mariages, qui, pendant des siècles, ont été considérés comme des sacrements.

II

Nous savons quelles conséquences le droit canonique a tirées de cette idée que le mariage des chrétiens est un sacrement. Mais tout mariage valable *jure canonico* doit-il être nécessairement et uniquement considéré à ce point de vue? Le mariage des chrétiens, avant d'être un sacrement, n'est-il pas un contrat, de telle sorte que, par l'analyse, on distingue en lui deux éléments successifs, d'abord un contrat, puis un sacrement, ayant chacun leurs règles propres, et le premier étant le fondement nécessaire du second? Ou bien, le contrat a-t-il été absorbé par le sacrement, dont il n'est que la matière, et qu'il ne peut précéder même d'un instant de raison, perdant ainsi toute existence propre? Ce fut là un problème célèbre auquel j'ai déjà fait allusion[3]. L'Église, de nos jours, a condamné définitivement la distinction du contrat et du sacrement[4], et elle semble la considérer comme une invention des légistes soutenant le pouvoir civil contre l'Église. Il est

1. Sanchez, *op. cit.*, l. VII, disp. IV.

2. Voyez ci-après, troisième partie, ch. III, sect, 1.

3. Voyez ci-dessus page 45.

4. *Syllabus* de Pie IX (*Errores de matr. christ.*, § 8, nº 66) : « Matrimonii sacramentum non est nisi quid contractui accessorium ab eoque separabile, ipsumque sacramentum in una tantum benedictione situm est. » — Encyclique de Léon XIII du 10 février 1880 : « Nec quemquam moveat illa tantopere a regalistis prædicata distinctio, vi cujus contractum nuptialem a sacramento disjungunt, eo sane concilio ut, Ecclesiæ reservatis sacramenti rationibus, contractum tradant in potestatem arbitriumque principum civitatis. Etenim non potest hujusmodi distinctio seu verius distractio probari; cum

certain que, dans notre ancienne France, en particulier, aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, nos jurisconsultes s'en sont emparés et en ont tiré des conséquences importantes au profit du pouvoir temporel : ils ont préparé par là l'avènement du mariage civil. Mais ils ne l'ont point inventée. Les canonistes purs, du XII^e^ au XV^e^ siècle, ne peuvent, de leur côté, en être les inventeurs, car ils l'ignorent absolument. Sans doute, très souvent, ils considèrent le mariage comme un contrat; ils l'ont même construit sur le type des contrats consensuels du droit romain; mais jamais ils ne séparent le contrat du sacrement; ils considèrent simplement le contrat comme un des aspects du sacrement, comme une façon d'être de celui-ci. Ceux qui ont imaginé la distinction, ce sont les théologiens. Quelques-uns de ceux qui en ont été les principaux interprètes en font remonter très haut l'origine [1]; la plupart l'attribuaient à saint Thomas d'Aquin, comme premier auteur; ils en trouvaient l'expression soit dans son commentaire sur les *Sentences* de Pierre Lombard [2], soit dans la *Somme contre les Gentils* [3]. En effet, dans les passages cités, saint Thomas d'Aquin examine

exploratum sit in matrimonio christiano contractum a sacramento non esse dissociabilem, atque ideo non posse contractum verum et legitimum consistere, quin sit eo ipso sacramentum. Nam Christus Dominus dignitate sacramenti auxit matrimonium; matrimonium autem est ipse contractus, si modo sit factus jure. Huc accedit quod ob hanc causam matrimonium est sacramentum, quia est sacrum signum et efficiens gratiam et imaginem referens mysticarum nuptiarum Christi cum Ecclesia. Istarum autem forma ac figura exprimitur supremæ conjunctionis vinculo quo vir et mulier inter se conligantur, quodque aliud nihil est nisi ipsum matrimonium. Itaque apparet omne inter christianos justum conjugium in se et per se esse sacramentum, nihilque magis abhorrere a veritate quam esse sacramentum decus quoddam adjunctum aut proprietatem allapsam extrinsecus, quæ a contractu disjungi ac separari hominum arbitratu queat. »

1. Lorry, *Essai de dissertation et recherches sur le mariage en sa qualité de contrat et de sacrement*, Paris, 1760, p. 201 : « Ce père (Hyacinthe Serry, docteur en théologie de la Faculté de Paris), attribue cette doctrine à plusieurs auteurs que Camus lui-même cite pour garants de son opinion, Guillaume évêque de Paris, dans son traité des *Sacrements*, Pierre de la Palu, Simon Vigor, théologien français, dans son avis donné au concile de Trente. »

2. *Summa theolog., tertiæ partis Supplement.*, qu. 42, art. 2.

3. *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, tome I, p. 5.

le mariage successivement, comme contrat de droit naturel, comme contrat civil et comme sacrement, et il dit que, comme contrat civil, il est régi par les lois civiles. Mais, comme il ne déclare nulle part que dans le mariage des chrétiens il y a un contrat distinct du sacrement, je crois que cela doit s'entendre soit du mariage des infidèles, soit des effets du mariage quant aux intérêts temporels et pécuniaires des époux[1]. Ce qui me paraît avoir donné lieu à la distinction, ce sont certains cas où les canonistes reconnaissaient traditionnellement des mariages valables entre chrétiens, et où les théologiens ne trouvèrent pas les conditions requises pour l'existence du sacrement, spécialement quant à la forme : par exemple le mariage qu'un muet contractait par signes, le mariage contracté par procureur, les *matrimonia præsumpta* du droit canonique[2]. Les théologiens, pris de ces scrupules, ne pouvaient abolir la doctrine, solide et constante, des canonistes, qui reconnaissait la validité de semblables mariages ; la conclusion à laquelle ils furent naturellement conduits fut de déclarer que, dans ces hypothèses, le mariage des chrétiens était bien un contrat, mais non un sacrement.

La distinction, ainsi entendue, remonte déjà assez haut ; car sur un point on la trouve dans Duns Scot[3]. Mais c'est seulement au XVI^e^ siècle qu'elle fut généralisée, étendue à tous les mariages et se répandit dans l'Église. Au concile de Trente, elle fut nettement professée par plus de vingt prélats ou théologiens de marque[4], et le nombre de ceux qui la combattirent

1. Perrone, en exposant la question, ne se préoccupe point de ces origines. *De matrimonio christ.*, tome I, p. 175 et s.

2. Ces difficultés seront exposées plus loin.

3. Lorry, *Essai de dissertation*, etc., p. 218 : « Notre docteur (Camus) poursuit ainsi dans la défense de son système : Si tout mariage des fidèles, de quelque manière qu'il ait été contracté, est un sacrement, comment peut-on défendre l'opinion de Scot, qui refuse, avec raison, la qualité de sacrement au mariage contracté par signes? »

4. Voici les principaux, d'après les *Acta genuina* de Theiner : Didacus de Payva, II, 239; Ferdinandus Bellosillo, II, 241; Thaddæus Perusinus, II, 244; — Episcopi : *Bracharensis*, II, 317; *Sagiensis*, II, 319; *Clodiensis*, II, 320; *Brugnatensis*, II, 320; *Leriensis*, II, 323; *Metensis*, II, 324; *Auriensis*, II, 324; *Ge-*

fut beaucoup plus restreint. Cette théorie fut alors produite parce qu'elle fournissait un moyen simple et commode de faire taire les scrupules que soulevait l'annulation proposée des mariages clandestins; mais elle contenait en germe des conséquences redoutables. Si, dans le mariage, il y avait un contrat, distinct du sacrement, ce contrat, comme les autres, pouvait être réglementé par le pouvoir séculier. Cette déduction était si certaine que les théologiens du concile de Trente l'admettaient eux-mêmes comme logique; ils ajoutaient, cela est vrai, que les princes ne devaient pas user de cette faculté; l'Église, en se réservant le pouvoir législatif sur le mariage, leur en avait par là même interdit l'exercice[1]. Mais les civilistes qui s'emparèrent de la distinction ne firent pas les mêmes réserves. Cependant il est notable, en ce qui concerne la France, que les juristes ne s'en prévalurent pas tout d'abord dans leurs premiers efforts pour rendre à l'État, au moins en partie, la législation et la juridiction sur le mariage : ils invoquèrent plutôt le droit traditionnel, reconnu au roi de France, de régler la discipline de l'Église gallicane. On peut remarquer que Fevret, dans son *Traité de l'Abus*, publié en 1657, distingue bien dans le mariage le sacrement et le contrat civil; mais, par ce dernier, il entend seulement les conventions matrimoniales quant aux biens[2] : son annotateur de 1788 le reprend justement sur ce point[3].

Dans la seconde moitié du XVII[e] siècle, et au cours du XVIII[e], la distinction entra dans la doctrine courante des Gallicans, qui

bennensis, II, 325; *Cotronensis*, II, 326; *Civitatensis*, II, 328; *Lucensis*, II, 331; *Monopolitanus*, II, 332; *Lancianensis*, II, 344; *Naxiensis*, II, 345; *Justinopolitanus*, II, 349; *Cauriensis*, II, 352; *Aquitanensis*, II, 354; *Ostunensis*, II, 359; *Generalis prædicat.*, II, 333. — On trouvera la plupart de ces témoignages reproduits *in extenso* à l'Appendice *A*.

1. Voyez ci-dessus page 33, note 4.

2. Livre V, c. II, n° 1 : « Après les promesses de mariage, il faut venir au mariage, auquel il y a deux choses à considérer, le sacrement et le contrat civil qui règle les conventions et le douaire, la participation à la communauté et les avantages matrimoniaux. »

3. Tome II, p. 23, note 1 : « Il est vrai qu'il y a deux choses à considérer dans le mariage, le sacrement et le contrat civil. Mais il ne faut pas entendre

en tirèrent, au profit du pouvoir royal, toutes les conséquences qu'elle contenait en germe. C'est en ce sens que furent composés le remarquable traité de Launoy[1] et celui de Gerbais[2]. Ceux qui parlent au nom de l'Église de France[3], ou au nom de l'État[4], s'y réfèrent expressément. Sous cette inspiration, les jurisconsultes du XVIIIe siècle ont déjà élaboré par avance la théorie du mariage civil[5]. Sans doute, celui-ci, dans la célébration, est encore confondu avec le mariage religieux ; sans doute, pour sa réglementation, la législation canonique est encore associée à la législation civile ; mais on sent qu'il faudra peu de chose pour opérer la séparation et rompre le dernier lien. Nous avons vu qu'en Autriche la distinction du contrat et du sacrement avait produit des effets analogues à la fin du XVIIIe siècle.

Devant ce développement d'une doctrine, que les théologiens cependant avaient créée, il était inévitable que l'Église prît une nouvelle position. Cependant, pendant longtemps, elle s'abstint de la condamner. Au XVIIe siècle, un vicaire apostolique, défendant en Hollande aux ministres du culte catholique de célébrer des mariages mixtes, reconnaissait que le mariage célébré devant le magistrat civil avait une valeur juridique qui

seulement par contrat civil le contrat qui règle les conventions, le douaire et les autres avantages matrimoniaux, qui se passent par paroles de futur en présence des notaires. On entend par le contrat civil du mariage l'union légitime qui se contracte, en présence du curé, entre le mari et la femme par parole de présent, et en observant toutes les formalités prescrites par les lois. »

1. *Regia in matrimonium potestas*, 1674.

2. *Traité pacifique du pouvoir de l'Église et des princes sur les empêchements qui subsistent aujourd'hui*, Paris, 1690.

3. *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, tome I, p. 5.

4. *Institutiones juris canonici, opera et studio Edmundi Martin, Senonensis J. U. D., consultissimæ Facultatis antecessoris, Comitis et Primiceri*, Parisiis, 1788, tome I, p. 212 : « Matrimonium sub duplici respectu considerari potest vel ut contractus, vel ut sacramentum : quapropter ita matrimonii sacramentum a matrimonii contractu pendet ut sine matrimonii contractu secundum præcepta legum inito, non possit esse matrimonii sacramentum ; nec enim circa res illicitas potest ullum intervenire sacramentum. »

5. Pothier, *Traité du mariage*, nos 15 et 20 ; — l'annotateur de Fevret, *suprà*, p. 45, note 1.

le distinguait du concubinage[1]. En 1746, Benoit XIV, rappelant la distinction, s'abstenait de la condamner comme de l'approuver[2]. Mais elle était vivement combattue par les plus fermes[3], et, de nos jours, elle a été solennellement réprouvée, comme je l'ai dit plus haut.

III

Le droit canonique assigne aux rapports sexuels, à la *copula carnalis*, une importance particulière : aucune autre législation, je le crois, n'est entrée aussi loin dans cette voie. Dans la plupart des théories importantes, qui se rattachent au mariage canonique, cet élément apparaîtra, entraînant des conséquences remarquables : théorie de la formation et de la dissolution du mariage, théorie de la nullité pour cause d'impuissance, théorie de l'affinité, théorie des droits et des devoirs des époux. Ce trait caractéristique me paraît avoir été imprimé au droit canonique par une double influence.

D'un côté il paraît certain que ce droit, s'étant formé tout d'abord sous l'influence de la pratique plutôt que de la science, a largement emprunté aux coutumes et conceptions populaires. Or, c'est surtout par son côté naturaliste que le mariage se

1. Schulte et Richter, *Canones et decreta concilii Tridentini*, p. 292 : « In aliquot casibus pro licentia requisitus respondit : « Ut puella, cum acatholico matrimonium initura, ritu catholico conjungatur non expedit, tum ob sacramenti sanctimoniam, quæ violatur dum acatholico administratur, tum ut catholica conjux aliqua pœna afficiatur, quod non in Domino nupserit. Poterit tamen cum acatholico vivere, quia conjunctio coram magistratu facta est civile matrimonium, quod liberat a fornicatione, quamvis non sit sacramentum, quod usum conjugis cœlesti gratia perfundit. »

2. Schulte et Richter, *op. cit.*, p. 571, § 2 : « Scimus profecto esse theologos, qui in ipso fidelium matrimonio contractum a sacramento ita dividunt, ut illum omnino perfectum quandoque consistere credant, quin ad sacramenti excellentiam pertingat; *sed quidquid sit de hac opinione, quam Nos quidem nunc in medio relinquimus*, ea certe, quod attinet ad rem præsentem, locum nullum sibi vindicare potest apud eos qui Tridentina lege obstringuntur. »

3. Sanchez, *op. cit.*, lib. II, disp. X, n° 6; Perrone, *op. cit.*, t. I, p. 175 et suiv.

présente aux yeux du peuple. En accueillant cette conception, le droit canonique s'est fait peuple, pour ainsi dire, et sa vitalité en a été accrue dans les temps anciens.

D'autre part et surtout, l'influence de certains textes de l'Écriture a été prépondérante. Ces textes contenaient soit des expressions poétiques et pittoresques, soit des dispositions de la loi juive portant encore la marque des coutumes primitives[1]. Les canonistes et les théologiens les ont acceptés comme contenant des principes supérieurs et des préceptes impératifs, et, les retournant dans tous les sens, ils leur ont fait produire toutes les conséquences que la logique la plus subtile, et souvent la moins raisonnable, pouvait en tirer. C'est d'ailleurs la méthode naturelle de tous ceux qui commentent un livre sacré : ils ont devant eux des pages qui, pour eux, représentent la vérité absolue ; il ne s'agit que de dégager tout ce qu'elles contiennent. Le sens figuré du sacrement de mariage, tel qu'on le conçut anciennement, ramenait les esprits vers le même ordre d'idées. Il rappelait l'union du Christ et de l'Église ; mais, de même que pour cette union le Christ s'était fait chair et avait participé à la nature humaine, de même il fallait que les deux époux, par la *copula carnalis*, fussent devenus une seule et même chair. Enfin, le mariage étant conçu comme un remède à la concupiscence, le droit canonique sanctionnait, avec une énergie toute particulière, l'obligation du devoir conjugal, non seulement dans le *forum internum*, mais encore devant le *forum externum*. De là toute une série de règles que les canonistes du moyen âge exposaient avec une précision minutieuse et une innocente impudeur, et qu'il est parfois assez difficile de rappeler, aujourd'hui que les mœurs ont changé et que l'on n'écrit plus en latin.

Ce que je viens de dire est vrai, surtout pour le droit cano-

1. Les deux plus importants de ces textes sont le célèbre passage de la *Genèse* (II. 23, 24) : « Quamobrem homo relinquet patrem suum et matrem et adhærebit uxori suæ *et erunt duo in carne una* » ; et un verset de saint Paul (*I Corinth.*, VI, 16) : « An nescitis quoniam qui adhæret meretrici unum corpus efficitur? Erunt enim, inquit, duo in carne una ».

nique ancien. Dès la fin du XII[e] siècle, le sens figuré du sacrement de mariage sera conçu d'une façon nouvelle. Le mariage deviendra un sacrement avant même qu'il ait été consommé, et, par là même, une modification assez profonde se produira dans la théorie de sa formation et de sa dissolution. Ce sera une réaction contre l'esprit naturaliste de l'institution. Néanmoins cette réaction eut une portée assez restreinte ; la théorie antérieure avait pénétré déjà trop profondément dans le droit canonique pour que toutes les règles qu'elle avait produites pussent être abrogées ; bon nombre se maintinrent, survivant au principe d'où elles étaient sorties.

Une autre réaction, moins profonde quant aux principes, mais plus énergique quant aux effets, résulta des réformes opérées par le concile de Trente; mais, même après ces retouches, l'importance attachée à la *copula carnalis* est restée l'un des traits distinctifs du droit canonique.

IV

Le droit canonique, par un élan naturel et par un parti pris puissant, favorise la conclusion des mariages. Il pousse au mariage tous ceux qui ne se sentent pas capables de porter l'état supérieur de virginité ou de continence, et qui ne s'y sont pas astreints par des vœux solennels. Par suite, il a rendu la formation du mariage aussi facile qu'il en avait rendu difficile la dissolution. Dans son âge classique, il en a fait un pur contrat consensuel, et, pendant des siècles, il a tenu pour bons et valables ces mariages clandestins, dont nos ancêtres ont si vivement ressenti les redoutables inconvénients. Il a même, en quelque sorte, tendu des pièges à la nature humaine pour précipiter les imprudents dans l'état matrimonial : on est fondé à qualifier ainsi ces *mariages présumés,* dont la théorie est si intéressante. Il a enfin posé cette règle, sauf à bien l'entendre, qu'il faut toujours juger en faveur du mariage.

Il a fait plus encore : pour faciliter la conclusion des ma-

riages à l'âge où les passions ont le plus de force, il a affaibli la puissance paternelle et l'autorité familiale. Il a écarté, en ce qui concerne le mariage, toutes les incapacités civiles de contracter reposant sur l'âge ou sur le sexe, et déclaré capables de se marier, de leur seule autorité, toutes les personnes pubères. C'est là l'un de ses traits les plus frappants, un de ceux qui l'ont mis le plus directement en conflit avec la loi civile. Cette tendance est le produit de deux forces principales.

L'une, la plus ancienne, c'est l'idée que le mariage sert de remède nécessaire à la concupiscence. Les tentations de la chair sont insurmontables pour la plupart des hommes, et, pour ne point tomber dans la fornication, il faut entrer dans le mariage. C'est le point de vue auquel s'est placé l'apôtre saint Paul, avec une autorité qui ne s'affaiblira pas : *Propter fornicationem unusquisque suam uxorem habeat, et unaquæque suum virum habeat... Quod si non se continent, nubant. Melius est enim nubere quam uri*[1]. Cela est vrai particulièrement pour les jeunes gens, et c'est à eux tous que s'adresse en réalité ce conseil que la *Ire Épître à Timothée* donne aux jeunes veuves[2] : *Volo ergo vos juniores nubere, filios procreare, matres familias esse, nullam occasionem dare adversario maledicti gratia.*

L'autre force, qui agit plus tard, mais non moins puissamment, c'est la considération du sacrement. Quand il s'agit de l'accès aux sacrements, il faut écarter toutes les entraves résultant des conventions humaines. Sans doute, pour le mariage, il ne s'agit pas d'un sacrement qui soit absolument indispensable au salut, et par suite certaines restrictions sont admises quant à lui, qui ne seraient pas admises pour d'autres[3]. Mais il importe cependant d'en laisser l'accès aussi largement ouvert que possible[4].

1. *I Corinth.*, VI, 2 et 9.

2. *I Tim.*, V, 14.

3. Theiner, *Acta genuina concilii Tridentini*, II, 359, *Aquensis :* « Hoc non est sacramentum necessitatis; poterunt igitur illi salvari absque hoc quod suscipiant hoc sacramentum ».

4. Sanchez, *op. cit.*, lib. VII, disp. VI, nos 1 et 13 : « Videtur minus conve-

Cette tendance du droit canonique à affranchir le mariage de toute entrave est si forte que, lorsque sous la pression de l'opinion publique une réaction s'imposa, celle-ci ne put pas porter tous ses fruits. Le concile de Trente, malgré la proposition formelle qui lui en fut faite, ne put se résoudre à annuler les mariages des mineurs contractés sans l'autorisation des pères, mères ou tuteurs, et se contenta de les blâmer énergiquement. Il annula, il est vrai, les mariages clandestins, et, par là même, les *mariages présumés* disparurent. Mais, par une revanche du vieil esprit, la doctrine et la jurisprudence se sont ingéniées à réduire au plus strict *minimum* les formes et solennités exigées par le concile pour la validité des mariages.

V

Par une contradiction apparente avec les idées que je viens d'exposer en dernier lieu, le droit canonique est, de toutes les législations, celle qui a conçu le plus sévèrement et étendu le plus loin les prohibitions de mariage fondées sur la parenté et sur l'alliance. L'Église tendit, à un moment donné, à défendre absolument le mariage entre parents, et, si cette idée extrême ne triompha pas, du moins la prohibition fut-elle portée jusqu'au septième degré de computation canonique. Elle emprunta en outre au droit civil romain les prohibitions résultant de la parenté créée par l'adoption, et, de son propre chef, elle créa des prohibitions nouvelles fondées sur une parenté spirituelle, résultant de la participation à certains sacrements. Quant aux prohibitions reposant sur l'alliance, elle leur donna la base la plus large, en produisant une conception

nienter assignari impedimenta matrimonio, quippe est unum ex septem Ecclesiæ sacramentis, et reliquis nulla impedimenta assignantur. Secundo quia cum concupiscentiæ morbus omnibus communis sit, medicina a Deo instituta, qualis est matrimonium, nemini interdici debet... Respondetur... plura assignari impedimenta matrimonio... quod de cæteris sacramentis sit præceptum vel consilium, at matrimonium indulgetur tanquam bonum imperfectius. »

toute particulière de l'alliance : elle fit naître celle-ci de tout rapport sexuel, aussi bien en dehors qu'en dedans du mariage, et l'allié par l'*unitas carnis* put encore transmettre cette qualité à son conjoint ou à son concubin. D'autre part, par le fait seul des fiançailles, chacun des fiancés devenait incapable de contracter mariage avec tous les parents de l'autre fiancé, jusqu'au septième degré de parenté. Il y avait là un vaste réseau aux mailles étroites, où, de la meilleure foi du monde, bien des contractants devaient être pris.

Sous l'empire de quelle idée ce système s'est-il constitué? On peut douter qu'à l'origine ces règles aient été le produit d'une pensée réfléchie. Une sorte de répulsion instinctive contre les unions incestueuses, des textes de l'Écriture condamnant en termes généraux les mariages entre parents et détachés du contexte qui en restreignait la portée[1], le besoin de réagir, d'abord contre les usages germaniques, d'après lesquels les unions entre proches parents semblent avoir été pratiquées, puis contre la promiscuité où vivaient les petites agglomérations rurales du moyen âge : telles furent, sans doute, les principales causes qui agirent dans ce sens. Des influences d'un autre ordre opérèrent aussi, qui furent purement fortuites. Ainsi il est bien vraisemblable que la prohibition jusqu'au septième degré de computation canonique fut obtenue en transportant l'idée des sept degrés de cognation, qui jouait un grand rôle d'après le droit romain, dans la computation germanique, qui comptait autrement la parenté. Enfin, dans la formation du système, l'esprit d'interprétation subtile, par la logique outrée, exerça une action manifeste : ici, plus que partout ailleurs, le droit canonique se grisa d'analogies forcées et de déductions extrêmes.

Mais, après coup, on trouva un principe supérieur pour justifier cet ensemble de règles. Le mariage fut conçu comme ayant été institué non seulement pour propager l'espèce humaine, mais encore pour développer entre les hommes, par

1. En particulier, *Levit.* XVIII, 1.

la parenté et l'affinité, les sentiments de charité et d'amour. Or, il ne pouvait produire pleinement ce résultat que s'il était conclu entre deux personnes jusque-là étrangères l'une à l'autre. S'il se formait au contraire entre un homme et une femme déjà unis par la parenté ou l'alliance, ceux-ci, en raison de ces liens mêmes, étant déjà portés à s'aimer l'un l'autre ainsi que leurs familles respectives, il perdait une grande partie de son utilité sociale et providentielle. C'était alors en quelque sorte un double emploi, une perte de forces bienfaisantes. Cette conception se trouve pour la première fois, je crois, dans un passage de saint Augustin que Gratien a reproduit, comme l'avaient fait ses prédécesseurs[1]. Mais saint Augustin en faisait une application restreinte, voulant montrer seulement pourquoi, dans les premiers temps du monde, les mariages entre frère et sœur avaient été inévitables, et pourquoi ils avaient été condamnés dans la suite. Toutes les conséquences de cette idée ne furent déduites que lorsque le système entier des prohibitions de mariage à raison de la parenté ou de l'alliance eut été construit. La théorie est exposée avec toute sa largeur, au XI^e^ siècle, dans un écrit célèbre de Pierre Damiani[2], et dans une décrétale du pape Alexandre II, promulguant les décisions du concile de Rome de 1059 sur le calcul des de-

1. *C. unic,* C. XXXV, qu. 1 : « Habita est enim ratio rectissima charitatis, ut homines, quibus esset utilis ac honestissima concordia, diversarum necessitudinum vinculis necterentur, nec unus in una multas haberet, sed singulæ spargerentur in singulos, ac sic ad socialem vitam diligentius colligandam plurimæ plurimos obtinerent. Pater quippe et socer duarum sunt necessitudinum nomina. Dum ergo habet quis alium patrem, alium socerum numerosius se charitas porrigit... Copulatio ergo maris et feminæ, quantum attinet ad genus mortalium, quoddam seminarium est charitatis. » — Voyez, dans le *Corpus juris canonici* de Friedberg, les références avec les recueils antérieurs à celui de Gratien.

2. *De gradibus parentelæ* (Migne, *P. L.*, tome CXLV, p. 194), c. III : « Cum affinitas generis elongata discedit, humanæ pravitatis vitio, quasi submoto fomite, amoris flamma frigescit. Ad reparandum ergo mutuæ charitatis igniculum accurrunt subinde fœdera nuptiarum... Ubi autem manus consanguinitatis, quæ captum a se trahebat, deficit, illico matrimonii uncus, quo fugiens revocetur, occurrit. »

grés de parenté[1]. Il y est dit que la parenté cesse de produire aucun effet et de pouvoir être constatée au delà du septième degré, et que, par suite, le mariage redevient alors possible. Cette explication restera en faveur. Sans doute, les canonistes et les théologiens y ajouteront d'autres raisons : le respect que les parents doivent au sang qui coule dans leurs veines, le danger des fréquentations mutuelles, inévitables entre parents, lorsque ceux-ci savent qu'elles peuvent facilement se convertir en mariage[2]; mais la première seule pouvait rendre compte de l'extension extrême qu'avait prise anciennement, en droit canonique, la prohibition du mariage entre parents.

Cette extension fut si pleine d'inconvénients qu'une réforme s'imposa à l'Église. Elle s'accomplit, quoique insuffisante, pour la parenté et l'alliance au quatrième concile de Latran en 1215, pour la parenté spirituelle et l'*affinitas ex copula illicita* au concile de Trente[3]. Mais, soit avant, soit même après ces réformes, qui ne furent que des atténuations, le système n'aurait point pu fonctionner s'il n'avait été assorti d'un correctif permanent, qui permettait de plier aux besoins individuels les règles sévères posées par les canons : je veux parler des dispenses, qui constituent, à côté de la législation de principe, une seconde législation contingente, toute de tolérance et d'équité.

1. C. II, C. XXXV, qu. 5 : « Nam in septem gradibus, si canonice et usualiter numerentur, omnia propinquitatum nomina continentur, ultra quos nec consanguinitas invenitur, nec nomina graduum reperiuntur, nec successio potest amplius prorogari, nec memorialiter ab aliquo generatio recordari... Quibus finitis, novæ conjunctionis dicunt posse fieri initium, ut quasi fugientem possit revocare consanguinitatem. »

2. Sanchez, *op. cit.*, II, p. 148.

3. Au concile de Trente, la proposition fut même faite de permettre le mariage entre parents au quatrième degré. D'ailleurs on n'abandonnait point l'idée fondamentale, car voici comment était motivée cette proposition, qui ne fut pas adoptée. Theiner, *Acta genuina*, II, p. 336 : « Hæc sancta synodus animadvertens christianam caritatem adeo refrigescere, ut cognationis, quæ inter conjunctos in quarto gradu intercedit, nulla fere ratio habeatur, ideoque valde necessarium esse illorum inter se necessitudines conjugiis conservare, etc. »

VI

L'Église a introduit dans le droit du mariage une nouveauté féconde : elle a proclamé en principe l'égalité de l'homme et de la femme. Déjà posé sur certains points dans la *Ire Épître de saint Paul aux Corinthiens* (c. VII), le principe d'égalité est affirmé avec la plus grande netteté par les Pères de l'Église. Lactance en fait une application éclatante en déclarant que le mari et la femme sont également astreints au devoir de fidélité[1]; saint Jérôme[2] le professe en des termes généraux, qui en sont restés comme la formule. C'est en particulier une des règles que tendront à faire prévaloir les *Libri pœnitentiales*[3] : *Una lex de mulieribus et viris.* De nos jours, l'Église s'enorgueillit, et à juste titre, d'avoir la première enseigné cette vérité[4]. Sans doute cette égalité ne sera pas absolue; dans une certaine mesure, le droit canonique lui-même admettra la suprématie du mari, commandée par la nature des choses et justifiée par les textes de l'Écriture. Mais elle sera d'une vérité complète pour ce qui tient surtout au cœur des femmes : les devoirs des époux entre eux et l'obligation de fidélité réciproque. Sur ce point, dans toutes les législations de l'antiquité, il était fait une profonde différence entre l'homme et la femme :

1. *Divin. institut.*, lib. VI, c. XXIII, nº 24 : « Non enim, sicut juris publici ratio est, sola mulier adultera est, quæ habet alium : maritus autem, etiamsi plures habeat, a crimine adulterii solutus est. Sed divina lex ita duos in matrimonium conjungit, ut adulter habeatur quisquis compagem corporis in diversa distraxerit. »

2. C. XIX, XX, C. XXXIII, qu. 5 : « Apud nos quod non licet feminis æque non licet viris, et eadem servitus pari conditione censetur. »

3. Voyez par exemple, c. IV, C. XXXII, qu. 1.

4. Encyclique de Léon XIII du 10 février 1880 : « Simili modo jus matrimonii æquabile inter omnes atque unum omnibus est constitutum, vetere inter servos et ingenuos sublato discrimine, exæquata viri et uxoris jura, etenim, ut aiebat Hieronymus, apud nos quod non licet feminis æque non licet viris, et eadem servitus pari conditione censetur, atque illa eadem jura ob remunerationem benevolentiæ et vicissitudinem officiorum stabiliter firmata »

si la femme, dans la loi romaine, avait été largement émancipée à d'autres égards, l'homme avait ici conservé une liberté privilégiée. Ce principe d'égalité ne se fera point d'ailleurs recevoir dans le droit canonique sans une longue résistance : spécialement en ce qui concerne le divorce, nous constaterons la persistance prolongée d'une opinion qui donnait au mari des droits supérieurs à ceux de la femme. Il triomphera néanmoins et se fera admettre non seulement dans le monde romain mais aussi dans le monde barbare, où il exerça une influence peut-être encore plus considérable.

Les canonistes ont naïvement traduit, dans une étymologie de fantaisie, le rôle élevé, prépondérant à certains égards, qu'ils reconnaissaient à la femme dans le mariage. Ils font dériver *matrimonium* de *matris munium*[1]. Par cette faute de grammaire, ils traduisaient peut-être d'instinct une idée profonde : c'est que, dans l'œuvre capitale du mariage, l'éducation des enfants, le rôle de la mère l'emporte encore sur celui du père. La première éducation maternelle est celle qui laisse sur l'esprit et sur le cœur des hommes l'empreinte la plus profonde. Les canonistes aimaient encore à répéter un vieux dicton pittoresque et rythmé, qui exprimait une idée analogue : *Infans matri ante partum onerosus, in partu dolorosus, post partum laboriosus*[2].

Voilà quels sont, je crois, les principes dirigeants du droit canonique : nous allons étudier maintenant l'ensemble de règles qu'ils ont produites.

1. Hostiensis, *Summa, De matrimon.*, p. 344 : « Unde dicatur? A *matre* et *munium*, id est officium; dicitur enim matrimonium quasi matris officium, quia dat mulieribus esse matres. Et ideo licet pater generationis sit auctor et pene uxoris dominus, tamen matrimonium plus ascribitur matri quam patri, quoniam ejus officium plus apparet in matrimonio quam officium viri. »

2. C. II, X, *De conv. infid*, III, 33. Hostiensis, *op.* et *loc. cit.*

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT DU MARIAGE JUSQU'AU CONCILE DE TRENTE

TITRE PREMIER[1]

LA FORMATION ET LA PREUVE DU MARIAGE

CHAPITRE I

La formation du mariage ; l'évolution de la théorie.

I. Les éléments constitutifs du système. — II. La théorie de Gratien. — III. La théorie de Pierre Lombard. — IV. La conciliation et la théorie définitive.

Arrivé au terme de son premier et décisif développement, à la fin du XII[e] siècle, le droit canonique présentait, quant à la formation du mariage, une théorie des plus simples, sinon parfaitement conséquente dans toutes ses parties. Pour contracter mariage, il suffisait que les parties exprimassent par des paroles, ou, au besoin, par des signes équivalents, leur consentement actuel de se prendre pour mari et pour femme : c'étaient les *sponsalia per verba de præsenti*. D'autre part, l'É-

1. Dans cette deuxième partie, l'exposition sera constamment soutenue par des citations empruntées aux canonistes anciens. Ceux que je citerai le plus souvent, outre la glose ordinaire des diverses parties du *Corpus juris canonici*, sont les suivants :

XII[e] siècle : Paucapalea, le premier disciple de Gratien, *Die Summa des Pau-*

glise ordonnait aux fidèles d'échanger ce consentement en public, *in facie Ecclesiæ,* et de faire bénir leur union par le prêtre : mais cette prescription n'engendrait aucune nullité. Les *sponsalia de præsenti* constituaient toujours un mariage valable, dans quelques circonstances qu'elles eussent été consenties; il suffisait qu'elles pussent être prouvées. Dès que les *verba de præsenti* avaient été échangées, l'union légitime existait, indissoluble en principe; cependant, elle n'acquérait, pour ainsi dire, sa perfection que lorsqu'elle avait été

capalea über das Decretum Gratiani, edit. Schulte, Giessen, 1890; — Rolandus Bandinellus (Alexandre III, 1159-1181), *Summa magistri Rolandi*, édit. Thaner, Innsbruck, 1874; — Bernardus Papiensis, *Summa Decretalium* (entre 1191 et 1198), édit. Laspeyres, 1861;

XIII^e^ siècle : Gofredus de Trano, *Summa perutilis et valde necessaria super titulis Decretalium*, edit. Lugduni, 1519; — Sinibaldus Fliscus (Innocent IV), *Lectura super Decretales*, edit. Francofurti ad Mœnum, 1670; — Henricus de Segusia, cardinalis Hostiensis (1271), *Summa aurea super titulis Decretalium*, edit. Lugduni, 1517; — Guillelmus Durantis, episcopus Mimatensis, *Speculum juris*, édit. Francofurti, 1592;

XIV^e^ siècle : Johannes Andreæ, *Additiones* au *Speculum* de Durantis, et *Summa de sponsalibus et matrimonio* (dans le *Tractatus tractatuum*, tome IX); *Novella in decretales Gregorii IX commentaria*, Venetiis, 1587;

XV^e^ siècle : Nicolaus de Tudeschis, abbas Panormitanus, *Commentaria super libros Decretalium*, édit. Venise, 1571;

XVI^e^ siècle : Diego Covarrubias y Leyva, *Epitome de sponsalibus et matrimonio* (cet ouvrage, comme il résulte de la préface, a été composé en 1541), dans ses *Opera*, edit. Antuerpiæ, 1638.

J'aurai aussi l'occasion de citer souvent trois recueils de sentences émanant de juridictions ecclésiastiques : Le *Liber practicus de consuetudine Remensi*, recueil de causes que l'auteur anonyme avait vu agiter devant la cour de l'archevêque de Reims, à la fin du XIII^e^ et au commencement du XIV^e^ siècle (dans les *Archives législatives de la ville de Reims*, publiées par M. Varin, I^re^ partie, *Coutumes*); — Le *Registre de l'officialité de l'abbaye de Cerisy* (1314-1457), publié par M. Gustave Dupont, Caen, 1880; — Les *Decisiones capellæ Tolosanæ*, edit. Lugduni, 1617; recueil composé par Johannes Corserius, official de l'archevêque de Toulouse, au milieu du XV^e^ siècle, complété et annoté par Stephanus Aufrerius, nommé official de la même cour en 1483.

Je citerai bien moins souvent les ouvrages modernes sur l'ancien droit canonique; j'indiquerai au fur et à mesure ceux que j'utiliserai. Il en est un cependant que je signale dès maintenant à raison de son importance : J. Freisen, *Geschichte des canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenlitteratur*, Tübingen, 1888; c'est un excellent ouvrage d'érudition, qui contient, outre des vues originales, un consciencieux dépouillement des textes anciens.

consommée par la *copula carnalis*; jusque là, elle était susceptible de dissolution dans quelques hypothèses extraordinaires. Enfin les fiançailles ou promesses de mariage, *sponsalia per verba de futuro*, formaient comme la préparation normale du mariage; elles entraînaient l'obligation juridique de le contracter, et, si des rapports sexuels s'établissaient entre de simples fiancés, immédiatement et fatalement elles se changeaient en mariage.

Tel était le système qui avait triomphé, mais il était le produit d'une longue évolution. Voyons quels éléments avaient servi à le constituer, et comment ils étaient arrivés à former cette combinaison.

I

Les éléments constitutifs du système me paraissent avoir été au nombre de quatre.

1° Le premier, celui qui devait en définitive prévaloir sur tous les autres, c'est cette règle que le consentement des époux est l'essence même du mariage.

Cette règle, l'Église ne l'inventa point, car elle n'eut pas tout d'abord de théorie propre sur la formation du mariage. Elle la trouva dans le droit romain, auquel elle se référa tout naturellement : *Nuptias consensus non concubitus facit*[1], était un axiome de la jurisprudence romaine. L'Église commença donc simplement par enseigner la théorie romaine, d'après laquelle le mariage se contractait *solo consensu* (sauf les difficultés que soulève le mariage entre absents). Pour reconnaître l'existence certaine de ce consentement, elle s'attachait, comme la pratique romaine, aux signes extérieurs qui révélaient d'ordinaire la célébration d'un mariage, aux actes accessoires qui l'accompagnaient. Dans le même sens que le droit romain, elle ne reconnaissait d'union légitime qu'entre

1. C. 1, C. XXVII, qu. 2.

personnes libres, et distinguait le concubinat du mariage. Deux textes célèbres, insérés en partie au *Décret* de Gratien, sont tout à fait démonstratifs. L'un est une Épître de saint Léon sur les mariages contractés par des jeunes filles avec des hommes, qui, précédemment, avaient des concubines[1]; l'autre est un rescrit adressé aux Bulgares en 866 par le pape Nicolas Ier. Après avoir décrit minutieusement, depuis la conclusion des fiançailles, toutes les formalités par lesquelles on passe dans l'Église romaine, pour arriver à la bénédiction finale du mariage[2], le pape ajoute : *Sufficiat secundum leges solus eorum consensus de quorum conjunctionibus agitur. Qui consensus si in nuptiis solus defuerit, cætera omnia etiam cum ipso coitu, celebrata frustrantur*[3].

Les cérémonies extérieures n'avaient d'importance juridique qu'en ce qu'elles révélaient le consentement. Par suite, lorsque l'Église fut en contact avec les nations barbares, elle dut reconnaître aux usages germaniques ou slaves la même valeur indicatrice qu'aux coutumes romaines[4]. Cependant, par la force de la tradition, ce sont les usages romains que Benedictus Levita et pseudo-Isidore rappellent et recommandent dans

1. *Epist. CVII ad Rusticum* (an. 458 ou 459) : « *Inquisitio IV :* De presbytero vel diacono qui filiam suam virginem illi viro in conjugium dederit, qui jam habebat conjunctam mulierem, ex qua etiam filios susceperat. *Responsum ;* Non omnis mulier juncta viro est uxor viri, quia nec omnis filius est hæres patris. *Nuptiarum autem fœdera inter ingenuos sunt legitima et inter æquales,* multo prius hoc Domino constituente quam initium romani juris existeret. *Itaque aliud est uxor, aliud concubina, sicut aliud ancilla aliud libera...* Unde cum societas nuptiarum ita ab initio constituta sit, ut, præter sexuum commixtionem, haberet in se Christi et Ecclesiæ sacramentum, dubium non est eam mulierem non pertinere ad matrimonium, in qua docetur nuptiale non fuisse mysterium. Igitur cujuslibet loci clericus, si filiam suam viro habenti concubinam in matrimonium dederit, non ita accipiendum est quasi eam conjugato dederit, *nisi forte illa mulier et ingenua facta et dotata legitime et publicis nuptiis honorata videatur.* » Deux fragments de ce passage sont reproduits au Décret de Gratien : c. II, C. XXXII, qu. 2; c. XVII, C. XXVII, qu. 2. — Voyez cependant plus loin, deuxième partie, titre III, c. III, n° 2.

2. C. III, C. XXX, qu. 5.

3. C. II, C. XXVII, qu. 2.

4. Cela ressort bien du rescrit de Nicolas, *Ad consulta Bulgarorum*, c. III C. XXX, qu. 5.

un milieu fortement mêlé d'éléments germaniques[1] : il est vrai que plusieurs des actes signalés, en particulier la *desponsatio* et la *dotatio*, pouvaient, quoique avec un sens différent, se retrouver de part et d'autre.

2° A côté de ce premier principe, un second se faisait recevoir aussi qui paraissait le contredire. C'était l'idée que le consentement, absolument nécessaire pour constituer le mariage, ne suffisait point pour le parfaire et le rendre vraiment indissoluble, qu'il fallait pour cela la *copula carnalis* entre les époux. Alors, seulement, l'*unitas carnis* s'étant établie, le mariage représentait l'union du Christ et de l'Église, et, devenu un sacrement, était absolument indissoluble, comme cette dernière. Cette thèse, dont la genèse est encore bien obscure, eut pour appui des textes apocryphes ou altérés, deux surtout, que Gratien reproduit comme ses devanciers. L'un est attribué à saint Augustin et paraît des plus nets[2]; mais, en réalité, il n'appartient pas à ce Père et la provenance en est incertaine[3]. L'autre est un fragment de l'Épître de saint Léon à Rusticus, citée plus haut; mais, par l'intercalation d'une négation, on a dénaturé complètement la pensée exprimée par l'auteur ; on lui en a substitué une autre. Le pape, distinguant l'épouse de la concubine, disait que, dans le mariage, outre l'union des sexes, il y a autre chose, c'est-à-dire le sacrement qui rappelle l'union du Christ et de l'Église. D'après lui (cela ressort de tout le développement) ce sacrement ne peut exister là où manque la volonté de prendre et d'honorer une femme comme son épouse; aussi, ajoutait-il, celle-là n'est point une

1. Bened. Levita, VII, 179 : « Si licita et honesta omnia pariter invenerit, tunc per consilium et benedictionem sacerdotis et consultu aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitime dotare debet, scribit namque de matrimonio beatus Augustinus : « Talis esse debet quæ uxor habenda est, ut secundum legem sit casta in virginitate, et dotata legitime et a parentibus tradita sponso et a paranymphis accipienda. » — *Decretales pseudo-isidorianæ*, ed. Hinschius, p. 87 (Évariste) et p. 140 (Callixte II).

2. C. XVI, C. XXVII, qu. 2 : « Non est dubium illam mulierem non pertinere ad matrimonium, cum qua commixtio sexus non docetur fuisse. »

3. Voyez Friedberg, *Corpus juris canonici*, notes 123 et suiv.

femme mariée, pour laquelle n'est pas intervenu le mystère nuptial. La pensée était claire, si les termes étaient un peu obscurs. Par l'intercalation d'un *non* et de quelques autres mots dans le premier membre, on fit dire à la phrase que, pour représenter le sacrement du Christ et de l'Église, le mariage devait être consommé par la *commixtio sexuum*[1]. A quelle époque et de quelle main le texte reçut-il cette altération? On ne sait pas au juste. Dans la *Panormie* d'Yves de Chartres il figure déjà sous cette forme[2], tandis que des recueils plus anciens présentent le texte correct[3]. Cette retouche répondait d'ailleurs à la pensée commune, car, même la phrase non altérée, dans sa teneur originale, était interprétée dans le même sens[4]. Dès les siècles anciens du christianisme la *copula conjugalis* avait été fréquemment considérée comme un élément essentiel du mariage, à tel point que, dans une opinion, elle seule faisait le mariage. Telle avait été la doctrine de Julianus Pelagius vivement combattue par saint Augustin[5].

C'est Hincmar de Reims qui paraît le premier avoir donné à ces idées une formule précise et modérée. Il tient que le mariage conclu, mais non consommé, n'est pas un sacrement[6], car il ne saurait représenter encore l'union du Christ et de l'É-

1. C. XVII, C. XXVII, qu. 2 : « Cum societas nuptiarum ita a principio sit instituta ut, præter commixtionem sexuum, *non habeant in se nuptiæ conjunctionis Christi et Ecclesiæ sacramentum*, non dubium est illam mulierem non pertinere ad matrimonium, in qua docetur non fuisse nuptiale mysterium. » — Voyez ci-dessus, p. 98, note 1, le texte authentique.

2. *Panormie*, VI, 22.

3. Bened. Levita, VII, 59, 60, 105; Hincmar, *Op.*, II, 652. Voyez Freisen, *op. cit.*, p. 165.

4. Hincmar donne le texte correct, et, cependant, voici comment il l'interprète (*Op.*, II, p. 652) : « Quibus sententiis evidenter ostendit quia tunc est vera legitimi conjugii copula, quando inter ingenuos et inter æquales fit, et paterno arbitrio viro mulier juncta, legitime dotata et publicis nuptiis honestata, sexuum commixtione conjungitur. »

5. *Contra Julianum Pelagium*, V, 12. Des extraits de cet ouvrage figurent au Décret, c. VIII, IX, X, C. XXVII, qu. 2; c. XI, c. XXXII, qu. 1.

6. *De nuptiis Stephani* (*Op.*, II, p. 652) : « Nos ostendere possumus quia non omnes nuptiæ conjugalem copulam faciunt, quas non sequitur commixtio sexuum; sicut nec semper illius est filius omnis et hæres, cujus esse noscitur

glise. Cependant, c'est bien un mariage et les époux sont déjà liés par lui [1]; mais il n'est pas complètement indissoluble, car l'indissolubilité absolue ne vient que du sacrement[2]. La dissolution peut en être admise pour certaines causes déterminées. Hincmar ne donne point d'ailleurs l'énumération de ces causes; il en indique seulement deux. L'une, c'est l'impuissance du mari[3], et il résulte de là qu'à cette époque l'impuissance n'était pas encore considérée comme une cause de nullité. L'autre, c'est une parenté ou alliance au degré prohibé existant entre les conjoints, alors même qu'elle ne serait pas légalement prouvée, mais seulement connue de l'un d'eux; c'est justement le cas sur lequel Hincmar avait à statuer[4].

hæres. Nec habent nuptiæ in se Christi et Ecclesiæ sacramentum, sicut B. Augustinus dicit, si se nuptialiter non utuntur, id est, si eas non subsequitur commixtio sexuum. » P. 659 : « Sciat ut traditione majorum docuimus, propter talem desponsationem, dotationem, atque pro talibus nuptiis, sicut istæ fuerunt, non esse conjugium, quibus defuit conjunctio sexuum, ac cum prolis spe sacramentum, quod est plurimum in omni salutari actione, tum etiam in hoc negotio, in quo per nuptiale mysterium vir et uxor una caro efficiuntur, sed et in baptismate operosius operatur, quo per fidei sacramentum non solum generaliter omnis Ecclesia corpus Christi, ut dicit Apostolus, et plenitudo fit ejus, verum singillatim singulus quoque fidelis Christo incorporatus membrum ejus efficitur. »

1. *De nuptiis Stephani* (*Op.*, II, p. 663) : « Sicut non liceret Stephano istam quam desponsavit, dotavit et publicis nuptiis honoravit, licet ei non sit mixtus, relinquere et aliam cum pœnitentia vel sine pœnitentia ducere, nisi in istius concubitu incestale malum potuisset intervenire : sed aut ex consensu cum ipsa in continentia Stephanus permaneret, aut si se continere non posset, cum ea nuptialiter copulatus maneret. »

2. *Ibid.*, p. 657 : « In copula vero conjugali, in qua desponsatione, dotatione et nuptiarum sacramento, corporis scilicet unitate, Christi et Ecclesiæ docetur fuisse mysterium, nisi morte corporis intercedente, conjugii non poterit solutio fieri, sicut evangelica et apostolica testatur auctoritas et omnium catholicorum doctorum chorus. »

3. *Ibid.*, p. 665 : « Addendum etiam necessarium duximus ut his sanctorum sententiis cognoscamus *nuptias, quas concubitus pro quibusdam causis non sequitur, solvi posse*, et propter incontinentiam feminas ad alias convolare valere. Sed subtilis investigatio et rationabilis indagatio in his prius est adhibenda, utrum quasi naturalis in viris sit hujusmodi commixtionis impossibilitas (quia et sunt eunuchi, sicut scriptum est, qui de matris utero sic nati fuerunt) an hoc impedimentum operatione diaboli, sicut fieri adsolet, illis accidit. »

4. Cf. Schrörs, *Hinkmar von Reims*, p. 225 et suiv.

On verra quelle action durable exercera cette théorie et la part qui lui sera faite encore dans le système définitif.

3° En déclarant que le consentement faisait le mariage, l'Église, se référant à un axiome du droit romain, avait sans doute entendu par là le consentement définitif, échangé par les époux au moment où va commencer la vie commune. Mais il était un autre consentement, qui, d'ordinaire, précédait celui-là et qui, de bonne heure, s'imposa à son attention : c'était celui contenu dans les fiançailles.

Les fiançailles jouent toujours un rôle important dans la théorie du mariage, lorsqu'on se trouve dans un milieu social où l'individu n'est pas encore complètement émancipé et placé sous la protection directe de l'État. Alors, en effet, un mariage est une alliance entre deux familles, plus encore qu'une union entre deux personnes : cette alliance est nécessairement délibérée à l'avance et arrêtée par un traité préalable, qui n'est pas autre chose que les fiançailles. Or, tel était le milieu où le droit canonique allait se développer. Ce n'est pas tout : des causes plus précises imposèrent au droit canonique la plus grande considération pour les fiançailles ; celles-ci avaient en effet une importance considérable dans les trois systèmes juridiques où il puisait ses principales inspirations.

Les fiançailles, fort importantes dans les vieux usages des Latins, avaient vu singulièrement diminuer leur valeur juridique dans le droit romain de l'époque classique. Elles n'engendraient plus aucune obligation, chaque partie étant libre de les rompre à son gré, et n'avaient plus d'autre sanction que la perte des arrhes qui pouvaient avoir été données lors de leur conclusion. Elles restaient cependant fort usitées. Lorsque commença la décadence, par un phénomène singulier, mais qui s'est reproduit pour plus d'une institution, elles reprirent peu à peu une importance nouvelle. Déjà, au IIIe siècle, la peine de l'adultère avait été édictée contre la fiancée infidèle, aussi bien que contre l'épouse coupable [1]. Dans les lois du Bas-Empire, les

1. L. 14 (13), § 3, D. XLVIII, 5.

fiançailles et les actes symboliques qui les accompagnaient traditionnellement, c'est-à-dire la remise de l'anneau et l'*osculum*[1], fixent, dans une certaine mesure, le sort de la *donatio ante nuptias*[2]. Justinien enfin, dans sa *Novelle* 74, chapitre v, décida que si un homme, vivant maritalement avec une femme, avait auparavant promis de l'épouser et donné cette promesse soit dans une Église, soit dans un oratoire privé, en posant la main sur les Évangiles, il y aurait mariage reconnu entre eux[3]. Les fiançailles solennelles se transformaient ainsi en mariage par les relations sexuelles établies entre les fiancés.

Dans les coutumes germaniques, les fiançailles, la *desponsatio*, étaient une condition essentielle de la validité du mariage. Dès qu'elles étaient intervenues, la fiancée était tenue à la fidélité, et le fait par elle d'entretenir des relations avec un autre homme que son fiancé était puni comme un adultère. Dès lors, le fiancé avait un droit ferme sur la *sponsa*, et, si celle-ci était ravie, c'était à lui que la composition était due. En dehors du consentement mutuel, très peu de causes permettaient la rupture des fiançailles[4]. Même dans les *Leges barbarorum* les plus romanisées, la *desponsatio* a conservé une singulière énergie[5].

1. Tertullien, *De virg. vel.*, c. XI : « Atquin etiam apud ethnicos velatæ ad virum ducuntur. Si autem ad desponsationem velantur, *quia et corpore et spiritu masculo mixtæ sunt per osculum et dextras*, per quæ primum resignarunt pudorem spiritus. »

2. L. 4, *C. Th.*, III, 5. Voyez mon étude sur le *Testament du mari et la* donatio propter nuptias. *Mélanges d'histoire du droit*, p. 61.

3. Voici ce texte d'après l'*authenticum* : « Mulieres audivimus ingemiscentes et dicentes, quia quidam earum concupiscentia detenti ducant eas in domibus suis sacra tangentes eloquia, aut in orationis domibus jurantes habituros se eas legitimas uxores, taliter eas habentes tempore multo et forte suscipientes filios, deinde dum se satiaverint earum desiderio, aut extra filios aut cum filiis eas projicientes de suis domibus, judicavimus etiam hoc oportere sancire, ut, si mulier ostendere potuerit modis legitimis, quia secundum hanc figuram vir eam acceperit domi ut uxorem legitimam haberet, et filiorum legitimorum matrem, nequaquam penitus licentiam esse ei hanc de domo præter ordinem legis expellere, sed habere eam legitimam et filios suos esse ei. »

4. Sur ces divers points, voyez Schröder, *Eheliches Güterrecht*, I, p. 10; Sohm, *das Recht der Eheschliessung*, p. 76; Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, tome II, p. 280 et suiv.; Freisen, *op. cit.*, p. 103 et suiv.

5. *Lex Wisigothorum*, III, 3, 1, *De dispositionibus nuptiarum.*

Enfin les textes de l'Écriture, réflétant la loi juive, leur donnaient aussi une grande valeur[1], et, surtout dans la traduction en langue latine, les fiancés étaient souvent appelés « époux », *conjuges*. Les conciles anciens et les Décrétales, sous ces diverses influences, avaient énergiquement sanctionné les fiançailles[2].

Il n'est donc point étonnant qu'il se soit formé dans l'Église une doctrine qui assimilait presque les fiançailles au mariage, attribuant par avance à celles-là la plupart des effets de celui-ci. C'est là, en définitive, qu'aboutira l'Église d'Orient, et il est tout naturel que nous trouvions la même théorie en Occident. Elle fut professée en particulier par Fulbert et Yves de Chartres dans notre pays. Cependant, si l'on examine attentivement les Lettres d'Yves qui se rapportent à ce sujet, on verra que ce n'est point aux simples fiançailles qu'il attribue cette force, mais aux fiançailles *jurées*[3] : il suppose toujours ces dernières. Cela ne vient pas seulement, je le crois, de ce que tous les contrats sérieux au moyen âge étaient fortifiés par le serment ; cela vient surtout de ce que le principal argument de texte, qui soutenait cette doctrine, était emprunté à la *Novelle* 74, chapitre v, de Justinien, bien connue en Occident par l'*Epitome* de Julien : là, en effet, on visait une promesse de mariage jurée sur l'Évangile.

Yves de Chartres non seulement déclare qu'il n'y a pas grande différence entre les fiançailles jurées et le mariage, mais encore il regarde comme nul le mariage contracté au mépris de telles fiançailles. Par rapport à ce mariage, elles créent non point un empêchement prohibitif, comme dans le droit postérieur, mais un empêchement dirimant. Yves produit trois fois au moins cette opinion, la première fois avec une certaine hésitation[4], mais les deux autres d'une façon très

1. Freisen, *op. cit.*, p. 92 et suiv.

2. C. XXXIV, XLVI, XLVII, XLIX, L, C. XXVII, qu. 2.

3. Voyez *Ep. CLXI*, citée à la note suivante.

4. *Ep. CLXI* (p. 277) : « De viro qui cum muliere, cujus nuptiæ interdictæ non erant, pactum iniit conjugale, postea vero ad alterius nuptias transiit,

nette [1]. Tel était déjà l'avis de Fulbert [2]. Enfin Yves de Chartres, très logique avec lui-même, considère comme indissoluble en principe le lien créé par les fiançailles jurées [3]. Cette thèse a laissé ailleurs des traces durables. C'est une question traditionnellement examinée par les théologiens, que celle de savoir si les fiançailles confirmées par serment n'équivalent pas à un

hoc sentio : Quia sacramentum nuptiarum quod cum perjurio et pacti conjugalis violatione usurpatum est, aut esse irritum aut manere ad judicium. Si irritum est, ad prius pactum constat redeundum... *Qui enim juramento pactum conjugale firmavit, ex majori parte sacramentum conjugale implevit.* »

1. *Ep. CLXVII* (p. 286) : « Petitus de Rupibus... filiam suam cuidam alterit parochiano de municipio, quod Pontiacum dicitur, conjugali fœdere tradidit, *et ille eam se ducturum in uxorem tempore sibi constituto absolute juravit.* Nunc vero aliam duxit uxorem contra pactum conjugale, quod legitime cum alia muliere prius inierat, legitima enim sunt fœdera nuptiarum inter eas personas quarum nuptiæ interdictæ non sunt, cum filiafamilias a voluntate patris non dissentit. Hæc fœdera solvi et divinæ leges prohibent et humanæ. Et si mulier ad alium virum transire voluerit, dicit canonica sententia, quia mulierem alii desponsatam alteri non licet habere in conjugium. E converso, si vir aliud vult inire conjugium, legitur in lege Novellarum : *Si quis divinis tactis Scripturis mulieri juraverit se eam legitimam uxorem habiturum vel in oratorio tale sacramentum dederit, sit illa legitima uxor, quamvis nulla dos, nulla scriptura interposita sit.* Qui aliter facit contra leges sapit, quod contra leges præsumitur per leges dissolvi meretur. Sic enim cum, præterita æstate, Siguinus episcopus, apostolicæ sedis legatus, apud nos esset, et similis causa ad nostras aures delata esset, prolatis legibus, justum esse judicavimus et legitimum. » Le procès, qui est rappelé par ces derniers mots, est rapporté dans *Ep. CLXVI* (p. 284) : « Noverit dilectio vestra, præterita æstate, cum domnus Bruno Siguinus episcopus apostolica legatione fungeretur, Hugonem Album præsentiam ejus adiisse et qualiter Pontius nepos Trecensis episcopi filiam suam nomine Matildem, *Galeranno camerario regis prius a parentibus traditam*, renitentem et flentem in conjugium usurpaverit... Probatum est et mulierem prius a parentibus alteri fuisse traditam et Pontio sine sua voluntate copulatam... Judicavimus mulieri quod esset libera a Pontii ut non dicam conjugio sed contubernio. » Ce dernier cas est moins démonstratif que le précédent, car il y avait dans l'espèce un autre empêchement dirimant, celui de violence.

2. *Ep. XLI* (Migne *P. L.*, tome CXLI, p. 223) : « Mulier illa, de cujus causa nostram humilitatem consulere voluisti, impedita est vinculo juramenti, nec potest inire connubium sine crimine perjurii nisi per consensum aut post obitum illius cui se tali juramento conditionaliter obligavit. »

3. *Ep. CCXLVI* (p. 435) : « Quod si objicitis non fuisse conjugium, ubi constat non subsecutum fuisse carnale commercium, ex auctoritate Patrum respondeo : *Quia conjugium ex eo insolubile est, ex quo pactum conjugale firmatum est.* »

mariage. Elle est sérieusement discutée par Pierre Lombard[1] et saint Thomas d'Aquin[2]; elle se retrouve encore dans Sanchez[3].

4° Un quatrième élément devait entrer en ligne de compte : c'est la bénédiction nuptiale. De bonne heure, l'Église la donna aux époux; tout mariage chrétien devait être préalablement annoncé à l'autorité ecclésiastique, puis béni par le prêtre lors de sa célébration[4]. Une idée très simple eût été de faire dépendre de cette publicité et de cette bénédiction la validité même du mariage chrétien : c'est là qu'aboutira la législation de l'Église orientale au IXe siècle. Mais, en Occident, quoiqu'on vît dans ces cérémonies la condition normale du mariage[5], on recula devant cette conséquence extrême, qui était trop contraire aux précédents du droit romain[6] ou du droit germanique. La législation des Capitulaires défendit bien à tous les sujets de la monarchie franque de contracter clandestinement mariage : toutes les personnes désirant contracter mariage devaient se

1. *Sentent.* IV, D. XXVIII, *A* et *B* : « Hic quæri debet, utrum consensus de futuro, addito etiam juramento, conjugium efficiatur, ut si quis promittat vel etiam juret alicui se usque ad tempus placitum illam ducturum, et illa promittat vel juret se illi nupturam, nunquid talis sponsio eos conjuges facit? Si mutato proposito alter vel uterque ad alienam copulam transit, nunquid ob priorem sponsionem juramento subnixam secundæ fœderationis pactum scindetur? »

2. *Summa theolog.* Supplem., qu. 46, art. 1.

3. *Op. cit.*, lib. III, disp. XL, n° 4 : « Esse legitimum matrimonium videtur suaderi quia olim sponsalia transibant in matrimonium si juramento firmarentur, ut probare videtur, c. IX, C. XXX, qu. 5 (c'est la *Nov.* 74, c. V, d'après l'*Epitome* de Julien), et c. IX, X, IV, 1... Juramentum nunquam habuit eam vim ut sponsalia transeant in matrimonium... Non obstant textus in contrarium adducti, quia C. *Si quis* (c. IX, C. XXX, qu. 5) non decidit id esse matrimonium sed teneri jurantem accipere eam in legitimam uxorem. »

4. Tertullien, *De monog.*, c. XI : « Et conjungent vos (episcopus, presbyteri, diaconi) in Ecclesia virgine, unius Christi sponsa. » C. I, II, V, C. XXX, qu. 5.

5. Tertullien, *De pudicitia*, c. IV : « Apud nos occultæ quoque conjunctiones, id est non prius apud Ecclesiam professæ, juxta mœchiam et fornicationem judicari periclitantur. » C. I, C. XXX, qu. 5.

6. C. I, C. XXX, qu. 5 (Evaristus papa) : « Ita peracta scitote legitima esse connubia, aliter vero præsumpta non conjugia sed adulteria vel contubernia vel stupra aut fornicationes potius quam legitima conjugia esse non dubitate, *nisi voluntas propria suffragaverit et vota succurrerint legitima.* »

rendre préalablement devant le prêtre qui procéderait à une enquête pour établir qu'il n'existait aucun empêchement, puis elles devaient publiquement se marier avec la bénédiction de l'Église [1]. Mais l'inobservation de ces formalités n'entraînait point la nullité du mariage [2]. Hincmar de Reims professe à cet égard une doctrine intéressante. Il distingue deux façons de contracter mariage, deux *genera conjugii*. La première, c'est la *desponsatio* suivie de toutes les cérémonies usitées et prescrites, y compris la bénédiction nuptiale [3] : c'est le mode normal et régulier. La seconde, c'est le consentement échangé sans bénédiction nuptiale; il est forcé d'admettre ce mode parce qu'il le voit mentionné dans les textes canoniques anciens, et parce que l'Église admet les secondes noces et refuse pourtant la bénédiction aux veufs et aux veuves [4]. Hincmar, d'ailleurs, dans un cas particulier qu'il a longuement discuté et où il reconnaît le mariage parfait quant à la forme, constate expressément que la bénédiction nuptiale n'a pas été donnée aux époux [5].

1. *Capitulare missorum generale*, anno 802, c. xxxv (Boret, p. 98); Benedictus Levita, VII, 179; voyez ce texte ci-dessus, p. 24, note 3.

2. Le contraire semble pourtant résulter d'un passage de Benedictus Levita, VII, 463. Après avoir rapporté le décret du pape Évariste qui se trouve dans pseudo-Isidore (c. I, C. XXX, qu. 5), il ajoute : « Taliter enim et Domino placebunt et filios non spurios sed legitimos atque hæreditabiles generabunt. » Jonas d'Orléans († 843) dit aussi dans son traité *De institutione laïcali*, II, 2 (Migne, *Patrol.*, tome CVI, p. 171) : « Damnanda consuetudo inolevit ut perraro sponsus et sponsa in missarum celebratione secundum præmissum ordinem benedicantur. Nam et filii qui ex tali concubitu generati sunt, licet uterque parens liberæ sit conditionis, in hæreditate tamen cum fratribus ex legitimo matrimonio natis (quod dolendum est) minime juxta mundanæ legis censuram succedere valent. » Mais Jonas, en attribuant cette solution à la juridiction séculière, la condamne nettement. Le fait même qu'il constate, à savoir que, le plus souvent, les époux ne recevaient pas la bénédiction nuptiale, rend d'ailleurs invraisemblable la nullité de semblables unions.

3. *De divortio Lotharii et Tetbergæ*, *Interrogatio IV*, *Responsio* (Migne, *P. L.*, tome CXV, p. 648 et suiv.).

4. *Ibid.* : « Quia vero secundas nuptias non damnamus, imo recepimus, et sancto Leone papa in Decretis ad Rusticum Narbonnensem episcopum qualiter iniri debeant monstrante cognoscimus... Et sanctus Ambrosius in libro *De lapsu virginis* (c. v) dicit : « Quia inter decem testes confectis sponsaliis et nuptiis consummatis, quævis viro femina conjuncta mortali, non sine magno periculo perpetrat adulterium. »

5. *De nuptiis Stephanii* (*Opera*, II, p. 667) : « Pluria alia diceremus, si his

L'idée persistait donc que la bénédiction nuptiale n'était point, juridiquement, un élément nécessaire à la formation du mariage. Malgré cela, elle semble avoir été souvent considérée comme corroborant la *desponsatio* et lui conférant une force plus grande. Tel paraît être le sentiment d'Yves de Chartres [1]; et dans une lettre, curieuse pour l'histoire des superstitions populaires, statuant sur le cas d'un prêtre qui avait interverti à dessein les paroles de la bénédiction nuptiale, il déclare que ce prêtre, autant qu'il était en lui, a condamné les époux de bonne foi à la fornication [2]. Nous verrons plus loin que certaines conséquences juridiques furent tirées de cette considération.

Voilà les quatre éléments par la combinaison desquels se construira, dans le droit canonique classique, la théorie de la formation du mariage. Mais, avant Gratien et Pierre Lombard, ils constituaient plutôt autant de réglementations distinctes, juxtaposées et parfois contradictoires. Ils n'avaient point été fondus en un système harmonique, bien que des efforts dans ce sens eussent été faits, spécialement par Hincmar de Reims et Yves de Chartres. Cela devait être l'œuvre du XII[e] siècle.

II

Gratien, dans la Cause XXVII, question deuxième, recherche si une femme déjà fiancée à un homme peut épouser un autre homme. Et, tout d'abord, il se demande si les fiancés sont déjà

nuptiis, de quibus loquimur, benedictionem sacerdotalem datam fuisse ex more ecclesiastico audiremus. Sed quibus debita fides defuit locum benedictio sacerdotalis non habuit. »

1. *Epist. CCXLVI*, p. 435 : « Sinegundis quippe soror hujus juvenculæ, quam nunc habet prætaxatus Petrus in conjugium, uxor fuit ejusdem Petri *non solum legitime desponsata sed etiam sacerdotali benedictione conjuncta.* »

2. *Epist. CCXXIII*, p. 222 : « Requisitus ex parte tua, qua pœnitentia mulctandus sit presbyter, qui verba divina sacramenti et insignia sacerdotalis officii in conjugali benedictione cujusdam virginis illusorie transmutavit et alia pro aliis interposuit... Hæc de his qui simpliciter et ignoranter erraverunt, quanto magis de his qui fraudulenter verba sacra perverterunt, et ita mulierculam simpliciter accedentem, quantum in se fuit, fornicationi addixerunt. »

unis en mariage[1]. Selon sa méthode ordinaire, il présente successivement le pour et le contre et arrive en définitive à une conciliation.

Pour établir que les fiancés sont déjà des époux, il invoque les textes d'après lesquels c'est le consentement qui fait le mariage, car le consentement est contenu dans la *desponsatio*[2]. Il cite ensuite des textes des Pères de l'Église, qui donnent aux fiancés le nom d'époux[3], et les dispositions du droit juif[4], romain[5] ou canonique[6], qui les traitent ou paraissent les traiter comme des époux.

Puis il présente la thèse contraire, vers laquelle il penche manifestement. Il cherche à établir que, pour qu'il y ait mariage véritable, il faut que la *copula carnalis* ait existé entre les époux. Pour cela, il cite d'abord les deux textes célèbres reproduits plus haut, le passage attribué à saint Augustin et le passage altéré de l'Épître de saint Léon à Rusticus. Une *palea* y ajouta une décrétale, d'ailleurs apocryphe, du pape Benoît (c. XVIII), où se trouve en effet un trait remarquable[7]. Surtout, Gratien rappelle une série de règles, sûrement admises par les canonistes ou théologiens, qui, nécessairement, supposent ce

1. « Sequitur secunda quæstio, qua quæritur an puella alteri desponsata possit renuntiare priori conditioni et transferre sua vota ad alium. Hic primum videndum est an conjugium sit inter eos. Secundo an possint ab invicem discedere. »

2. « Eos autem conjuges esse et ex definitione conjugii et auctoritate multorum facile probatur. Sunt enim nuptiæ sive matrimonium viri mulierisque conjunctio individuam vitæ consuetudinem retinens. Inter hos autem fuit conjunctio quæ individuam vitæ consuetudinem exigebat. Fuit enim inter eos consensus qui est efficiens causa matrimonii... Cum ergo inter istos consensus intercesserit, qui solus matrimonium facit, patet hos conjuges fuisse. »

3. C. V-X, C. XXVII, qu. 2.

4. *Dictum* sur c. X : « Item in Deuteronomio præcepit Dominus Moysi dicens : Si quis sponsam alterius in agro oppresserit, morte moriatur, quia uxorem alterius violavit. »

5. *Ibid.* : « Item, in legibus principum, sponsa jubetur lugere mortem sponsi tanquam viri sui. »

6. C. XI-XV ; textes défendant à un fiancé d'épouser une personne parente de l'autre fiancé ; c'est l'*impedimentum publicæ honestatis* du droit postérieur.

7. « Quibus verbis innotuit non aliter virum et mulierem posse fieri unam carnem, nisi carnali copula sibi cohæreant. Qui ergo nequaquam mixtus est ex-

principe et sont inconciliables avec l'idée que les simples fiancés sont déjà des époux.

1° Les époux se doivent le *debitum conjugale* et l'un d'eux ne peut point, sans le consentement de l'autre, faire vœu de continence et embrasser la vie religieuse (c. XIX-XXII). Or, il était admis par une tradition constante que celui qui n'était que fiancé et qui n'avait point encore consommé le mariage pouvait, de sa propre autorité, abandonner sa fiancée et se vouer à la vie religieuse. Des exemples célèbres étaient cités dans ce sens, au premier rang desquels figure la célèbre légende de saint Alexis[1].

2° L'impuissance, l'*impossibilitas coeundi*, survenant après que le mariage a été consommé, ne le dissout pas ; si, au contraire, l'impuissance est antérieure au mariage et a rendu impossible l'établissement des relations conjugales, il n'y a pas juridiquement mariage, et la femme peut prendre un nouvel époux[2].

3° Le second époux d'une veuve, étant *bigamus*, ne pouvait être promu aux ordres sacrés; mais l'homme qui épousait une femme dont le fiancé était mort pouvait, au contraire, arriver à la prêtrise[3].

traneæ mulieri fœdere nuptiali, quo pacto per nuda sponsionis verba possunt una caro fieri, nullatenus valemus intueri. Propinquitas enim sanguinis verbis dicitur, non verbis efficitur. Sed neque osculum parit propinquitatem, quod nullam facit sanguinis commixtionem. » Dans ce texte, d'ailleurs, le pape repousse l'empêchement *publicæ honestatis*: il ne connaît que l'alliance qui exige l'*unitas carnis*.

1. *Dictum* sur c. XXVI; c. XXVII, XXVIII; *Dictum* sur c. XXVIII : « Cum ergo conjugatorum continentia, nisi amborum consensu, Deo offerri non valeat, cum vir sui corporis potestatem non habeat sed mulier, sponsæ autem possint monasterium eligere et sponsi, non exquisito consensu sponsarum, propositum melioris vitæ assumere valeant, patet quod inter sponsum et sponsam conjugium non est. »

2. *Dictum* sur c. XXVIII; c. XXIX et *dictum* : « Ecce impossibilitas coeundi : si post carnalem copulam inventa fuerit in aliquo, non solvit conjugium. Si vero ante carnalem copulam deprehensa fuerit, liberum facit mulieri alium virum accipere. Unde apparet illos non fuisse conjuges, alioquin non liceret eis ab invicem discedere, excepta causa fornicationis, et sic discedentes oportet manere innuptos. »

3. *Dictum* sur c. XXIX : « Item si sponsa conjux esset, mortuo sponso rema-

4° La séparation de deux époux entre lesquels il n'y a pas eu *carnalis copula* n'est pas un *divortium*; ce qui est prouvé par l'exemple de la Vierge, que le Christ, en quittant la terre, recommanda non à saint Joseph, mais à son disciple chéri. On ne saurait admettre que le Christ eût conseillé un divorce; par là même, il faut dire que la Vierge n'était pas l'épouse, *conjux*, de Joseph; à plus forte raison, une simple fiancée n'est-elle pas une épouse[1].

5° Celui qui a eu des relations avec la sœur de sa femme et celui qui a connu la sœur de sa fiancée ne sont pas traités de la même manière. Le premier, outre qu'il ne peut plus avoir de relations avec sa femme, devient incapable, dans l'avenir, de contracter un nouveau mariage; le second peut se marier après avoir fait pénitence[2].

6° La femme adultère, séparée de son mari pour cette cause, ne peut se marier à un autre homme; au contraire, lorsqu'une fiancée a été enlevée, si son fiancé ne veut pas la reprendre, elle peut se donner à un autre époux[3].

neret vidua. Si autem vidua esset, vir ejus ad sacros ordines conscendere non posset; maritus enim viduæ, æque sicut et bigamus, sacerdos fieri prohibetur. Ex hujus autem copula nullus prohibetur a sacris ordinibus. »

1. *Dictum* sur c. XXIX : « Item si conjuges essent, discessio ab invicem esset divortium. Sed horum separationem negat Ambrosius esse divortium, dicens de B. Maria, quam sibi Joseph desponsaverat et in uxorem duxerat : Joseph nunquam cognovit eam. Nam si vir justus eam cognovisset, nunquam a se discedere passus esset, nec Dominus, qui uxorem præceperat a viro non discedere, nisi causa fornicationis commendans eam discipulo (*Joh.*, XIX, 25-27) auctor divortii fuisset. Ecce commendatio Mariæ Johanni et detractio Joseph negatur fuisse divortium, quia Joseph non cognoverat eam : unde apparet eos non fuisse conjuges. Si autem B. Maria, quam sibi Joseph desponsaverat et in suam duxerat, conjux negatur fuisse, multo minus ista, quæ simpliciter sponsa erat, conjux est appellanda.

2. C. XXX-XXXII; *dictum* sur c. XXXII : « Si illa, quam vir sororis suæ cognoverit, perpetuo copulari prohibetur; hic vero, qui sponsam fratris sui corrupit, peracta pœnitentia, matrimonium contrahere non prohibetur, apparet hanc non fuisse conjugem fratris ejus. »

3. *Dictum* sur c. XXXII : « Jam mulier, causa fornicationis a viro suo dimissa, aut ei reconciliabitur aut, eo vivente, innupta manebit; de sponsa vero contra invenitur. » Il est vrai que les textes cités par Gratien (c. XXXIII-XXXIV) supposent que la fiancée n'était point d'accord avec le ravisseur : *Si ipsa eidem crimini consentiens non fuit.*

Après avoir ainsi établi l'antinomie, Gratien veut la résoudre par une conciliation, et voici celle qu'il propose. Il y a, suivant lui, deux degrés dans le mariage, le *conjugium initiatum*, qui résulte du seul consentement et qui existe par là même entre les fiancés, et le *conjugium ratum*, qui ne s'établit que par la *copula carnalis*, et vient parfaire le premier. Le *matrimonium initiatum* peut se dissoudre (quoique Gratien n'indique point au juste pour quelles causes) ; le *matrimonium ratum* au contraire est indissoluble [1].

Cette distinction, dont l'influence devait être considérable, est-elle de Gratien lui-même, ou n'a-t-il fait que la reproduire ? Il serait difficile de le déterminer. La terminologie qui la résume était fournie, au moins partiellement, par des textes anciens (c. XXXV-XXXVII) ; mais pour concilier les textes discordants, opposés ci-dessus les uns aux autres, une explication différente paraît avoir été plus ordinairement présentée. Gratien la donne après la première et Pierre Lombard la rapporte également en termes à peu près identiques [2]. Elle consistait à dire que les fiancés étaient appelés époux et parfois traités comme tels, parce qu'ils étaient naturellement destinés à le devenir, à raison des fiançailles : ils étaient virtuellement des époux [3].

1. *Dictum* sur c. XXXIV : « Sciendum est quod conjugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur. Unde, inter sponsum et sponsam conjugium est sed initiatum, inter copulatos est conjugium ratum... Juxta hanc distinctionem intelligenda est illa auctoritas Augustini : Non dubium est illam mulierem non pertinere ad matrimonium, cum qua docetur non fuisse commixtio sexuum. Ad matrimonium perfectum subintelligendum est, tale videlicet quæ habeat in se Christi et Ecclesiæ sacramentum. Ita et illud Leonis papæ intelligendum est. Sed objicitur illud Augustini : Inter Mariam et Joseph fuit perfectum conjugium. Sed perfectum intelligitur non ex officio, sed ex iis quæ comitantur officium conjugii : ex fide videlicet, prole et sacramento ; quæ omnia inter Christi parentes fuisse auctoritate Augustini probantur. Cuncta ergo quæ de non separando conjugio inducta sunt, de perfecto intelliguntur, quod sponsali conventione est initiatum et officio corporalis commixtionis est consummatum. Illa vero quibus separabile conjugium ostenditur, de initiato intelliguntur quod nondum officio sui perfectum est. »

2. *Sent.* IV, D. XXVII, *II.*

3. *Dictum* sur c. XXIX : « Potest et aliter distingui. Sponsi appellantur conjuges consuetudine Scripturæ spe futurorum non effectu præsentium ». — *Dictum* sur c. XLV : « Apparet sponsas conjuges appellari spe futurorum

La solution de cette grave difficulté n'était pour Gratien qu'une question préalable. Nous avons vu, en effet, qu'il recherchait principalement si une fiancée pouvait se marier à un autre homme que son fiancé. Si les fiancés étaient déjà des époux, cela devenait manifestement impossible en vertu du principe de monogamie : du moment qu'ils n'avaient pas cette qualité, la question restait posée. Gratien la résout affirmativement, bien que les textes qu'il cite soient en sens contraire (c. XLVI-L). Il écarte assez aisément les uns, en faisant remarquer que, s'ils ordonnent de rendre au fiancé sa fiancée, qui a été l'objet d'un rapt[1], ils ne visent pas la fiancée qui abandonne son fiancé pour épouser un autre homme. Pour faire tomber la force probante d'une épître bien nette du pape Sirice[2], il apporte un tempérament à sa doctrine en faisant intervenir un nouvel élément ; il admet que, si la fiancée a été conduite à la maison du mari et a reçu la bénédiction nuptiale, bien qu'elle ne soit pas encore devenue *una caro cum viro*, elle ne peut point licitement se marier à un autre[3]. Il explique de même les textes qui défendent aux parents, après avoir fiancé leur fille à un homme, de la donner en mariage à un autre[4]. Enfin il résout par le même procédé une objection

non re præsentium. Quomodo ergo conjuges a prima fide sponsionis appellantur, si illa quæ asseritur sponsa, conjux esse negatur ? Sed a prima fide desponsationis conjux dicitur appellari, non quod re ipsa desponsatione fiat conjux, sed quia ex fide quam ex desponsatione sibi invicem debent, postea efficiuntur conjuges. »

1. *Dictum* sur c. XLIX : « Quolibet ergo modo rapiantur, priori reddendæ sunt. Hæc autem, ut supra dictum est, non inter raptas sed inter alias desponsatas connumeratur. »

2. C. L : « De conjugali violatione requisisti, si puellam alteri desponsatam alter in matrimonium possit accipere ; tale ergo conjugium anathematizamus et modis omnibus prohibemus. »

3. *Dictum* sur c. L : « Sed auctoritate hac Siricii illa prohibetur ad secunda vota transire, quæ in propriam domum ducta est et cum sponso suo est velata et benedicta. Talium discessione violatur benedictio quam nupturæ sacerdos mponit. Verum hanc necdum sponsus in suam duxerat, nec cum ea benedictionem acceperat. Non ergo hac auctoritate hujusmodi copula prohibetur. »

4. *Ibid.* : « Item illud Eusebii papæ : Desponsatam puellam non licet parentibus alii viro tradere. Similiter et de hujusmodi desponsata intelligitur, quæ videlicet cum sponso est velata et benedicta. »

résultant d'une décision célèbre du pape Grégoire. Celui-ci constatait d'abord que, si l'impuissance du mari était attestée d'une certaine manière, le mariage pouvait être déclaré nul, et la femme pouvait prendre un autre époux; puis il ajoutait: Si cependant le premier mari connaît dans la suite une autre femme, celle qu'il avait épousée et qui, séparée de lui, s'est remariée, doit quitter son second mari pour revenir à lui, car en réalité l'impuissance n'existait pas. N'était-ce pas la preuve que la fiancée ne peut valablement rompre les fiançailles pour prendre un autre époux, puisque, les relations conjugales n'ayant pu s'établir entre cette homme et cette femme, il n'y avait pas autre chose entre eux que la *desponsatio*. Il faut admettre, dit Gratien, que ces deux fiancés avaient reçu la bénédiction nuptiale[1].

Il ne faudrait pas croire d'ailleurs que Gratien considère la bénédiction nuptiale comme un élément essentiel pour la validité du mariage. Il admet, au contraire, la validité des mariages clandestins[2]. Mais il considère la bénédiction nuptiale comme une première exécution du *pactum conjugale*; ce qui révèle bien sa pensée, c'est qu'il y assimile la *deductio in domum mariti*. Un document quelque peu postérieur, la *Summa coloniensis*, composée entre 1169 et 1171, évidemment inspirée par les mêmes idées, fonde expressément cette règle sur la théorie romaine de la tradition[3].

Voilà, dans tout son développement, la théorie de Gratien sur la formation du mariage. Mais cependant la Cause XXVII,

1. *Dictum* sur c. L: « Item objicitur illud Gregorii : Quæ propter frigiditatem a viro separata est et alii nupta, si vir ejus aliam cognoverit, illa est detrahenda secundo et reddenda primo. Sed eodem modo solvitur, quia ipsa videlicet cum eo benedictionem acceperat. »

2. *Dictum* sur c. VIII, C. XXX, qu. 5 : « Clandestina conjugia contra leges quidem fiunt, tamen contracta dissolvi non possunt, quia ex legitimo voto subsequente corroborantur. »

3. *Summa coloniensis*, éditée par Scheurl (*Die Entwickelung des kirchlichen Eheschliessungsrechts*, 1877), § 22, p. 168 : « Item cum in hoc pacto uterque dicat alteri : Trado me tibi, si verba cum effectu accipiuntur extunc caro utriusque alterius efficitur: illud enim generale est in hujusmodi contractibus ut traditione rei dominium transferatur. Proinde, ex quo sponsa viro tradita et

question 2, ne se termine pas là. Elle finit par un texte et par un *dictum* qui contiennent, quant au dernier point, une tout autre doctrine, et viennent en apparence bouleverser tout ce qui a été péniblement coordonné jusque-là. Mais c'est une addition postérieure. Le texte, faussement attribué à saint Augustin, n'a pas été inséré par Gratien, car c'est une *palea*[1], et, par suite, le *dictum* ne saurait non plus lui appartenir. Ce texte, qui se trouve d'autre part dans l'*Appendix concilii Lateranensis*[2], pose très nettement une distinction d'une autre provenance, la distinction des *sponsalia per verba de præsenti* et *per verba de futuro*, et le *dictum* n'a pour but que de la développer et de la confirmer; mais c'est là un produit, non de l'école bolonaise, mais de l'école française, comme on le verra plus loin.

La théorie de Gratien, parfaitement saisissable dans ses lignes essentielles, manquait quelque peu de précision. Paucapalea reproche, non sans raison, au maître de l'avoir exposée d'une manière obscure et prolixe[3]. Mais, lui-même, bien qu'il prétende mettre dans tout son jour la vérité, ne présente

cum eo velata atque traducta est, extunc caro ejus viri est, etsi nuptiale mysterium nondum in ea completum sit. Et hoc Gratianus post multas ambages sentire videtur. Addunt etiam quod sic desponsata, si cum alio fœdus conjugale inierit et matrimonium consummaverit, propter primam fidem desponsationis ad priorem fidem redire compellitur, et sic majorem habet vigorem initiatum quam consummatum matrimonium. Non ignoro tamen aliquos Bononensium hinc aliter sentire. »

1. On a longtemps discuté sur le sens et l'origine de ce mot *palea*, qui précède un certain nombre de canons du Décret. On est aujourd'hui d'accord pour voir là des additions à l'œuvre originale par *Paucapalea*, le disciple qui continua l'enseignement de Gratien. Voyez Maassen, *Paucapalea, ein Beitrag zur Litteraturgeschichte des kanonischen Rechts im Mittelalter*, 1859.

2. C. LI : « Duobus modis dicitur fides, pactionis et consensus. Si aliquis alicui mulieri fidem fecerit pactionis, non debet aliam ducere. Si aliam duxerit, pœnitentiam debet agere de fide mentita; maneat tamen cum illa quam duxit. Non enim rescindi debet tantum sacramentum. Si autem fecerit fidem consensus, non licet aliam ducere; si autem duxerit, dimittet eam et adhærebit priori. »

3. *Summa*, édit. Schulte, p. 114 : « Quæ quæstio, quia prolixe ac obscure tractata est, auctoritates hinc inde divagantes in unum breviter colligamus, et quid juris super hoc sit aperte pandamus. »

point encore une doctrine tout à fait précise. Comme Gratien, il distingue le *matrimonium initiatum* du *matrimonium ratum*[1]. Ce dernier, qui exige la *copula carnalis*, est seul pleinement indissoluble. Le mariage non consommé, au contraire, que Paucapalea ne distingue pas de la *desponsatio*, quant aux effets juridiques, peut être dissous, mais seulement pour certaines causes déterminées[2]. Les unes sont de véritables empêchements dirimants qui atteindraient le mariage consommé lui-même; les autres sont propres à la *desponsatio* ou au *matrimonium initiatum*, et l'auteur n'en donne pas d'ailleurs une énumération limitative. L'une de ces dernières est la *dispensatio Ecclesiæ*, qui est ainsi représentée comme ayant la puissance de rompre le mariage non consommé : c'est par elle que Paucapalea explique comment un mariage consommé prévaut contre une *desponsatio* précédente ou contre un mariage antérieurement contracté, mais non consommé[3].

Mais, bientôt, l'école de Bologne donna à cette théorie une formule plus précise. Elle la résuma ainsi. Tandis que le mariage consommé était vraiment *ratum*, c'est-à-dire indissoluble, le *matrimonium initiatum*, comprenant aussi bien le mariage actuellement consenti que la promesse de mariage, pouvait être dissous, non point arbitrairement, mais pour un certain nombre de causes déterminées. Ces causes étaient au nombre de huit : deux textes nous l'apprennent d'une façon

1. *Summa*, édit. Schulte, p. 118 : « Vel legitimum conjugium est illud quod legitime est initiatum, sed non ratum, quia carnali commixtione non est perfectum. »

2. *Summa*, p. 115 : « Sed notandum, quod non licet sponsæ a sponso discedere, nisi certis causis extantibus, ut puta : electio melioris propositi, impossibilitas coeundi, fornicatio consanguineorum et consanguinearum, dispensatio Ecclesiæ, consanguinitas vel affinitas, et raptus si recipere noluerit cui fuerit rapta, dissensus etiam in matura ætate et cætera similia. » La dernière cause indiquée a été expliquée précédemment : « Item in pueritia degens sponsalia contraxisti cum quadam per parentes tuos, cum adultus es displicet tibi; licet tibi aliam ducere, et illi alii nubere. »

3. *Summa*, p. 114 : « Item ex dispensatione Ecclesiæ hoc idem probatur. Puta : desponsavisti tibi quamdam et eam non cognovisti. Post in brevi tibi desponsasti aliam, duxisti, ductamque cognovisti. Hanc Ecclesia tibi concedit et primæ alteri nubendi licentiam tribuit. »

certaine. L'un est emprunté à un ancien *Tractatus de matrimonio*, publié par M. Schulte[1], et voici comment il s'exprime : *Desponsatio quæ est signum legitimæ conjunctionis VIII causis irritatur, quarum prima est sequens desponsatio carnali conjunctione perfecta*[2], *secunda alterius voluntaria fornicatio, tertia raptus, quarta maleficium, quinta religionis propositum, sexta enormis criminis perpetratio, septima alterius continua ægritudo, octava captivitatis longa detentio.* L'autre texte, plus précis encore, et parfaitement concordant, est un passage de la *Summa coloniensis* mentionnée plus haut, laquelle, d'ailleurs, ne suit point cette doctrine. Il y est dit : *Non ignoro tamen aliquos Bononensium hinc aliter sentire, affirmantes quod de præsenti conceptam desponsationem VIII*[3] *dissolvunt : posterior desponsatio carnis commixtione perfecta, spontanea alterius fornicatio, raptus, maleficium, melioris vitæ propositum, alterius ægritudo continua, captivitatis detentio*[4]*; sed hæc, quæ magis ex humano ingenio, quam auctoritatibus profecta sunt, silenda putamus.* Enfin la *Summa magistri Rolandi*, si elle ne reproduit pas exactement la même doctrine, admet pourtant que le *conjugium initiatum* peut se dissoudre pour un certain nombre de causes, qui sont : le *votum castitatis*[5], l'impuissance[6], la captivité[7], la *cognatio spiritualis superveniens* et l'*affinitas superveniens*[8], la folie[9] et le *raptus*[10]. L'école de Bo-

1. *Decretistarum jurisprudentiæ specimen*, 1868, p. 18.

2. On voit qu'ici, pour que la seconde *desponsatio* rompe la première, il faut qu'elle ait été accompagnée de la *copula carnalis*.

3. Le texte porte : « VII (*sic*) dissolvant. »

4. Scheurl, *op. cit.*, § 22, p. 169.

5. Édit. Thaner, p. 130.

6. Pages 130, 189.

7. Page 200, qu. 2.

8. Pages 144, 187. Voyez plus loin, deuxième partie, titre II, sect. 3.

9. Page 187. Magister Rolandus, pour expliquer le difficile chapitre XVIII, (C. XXXII. qu. 7), paraît même concéder que le mariage est dissous par la survenance d'une maladie incurable, tant qu'il n'a pas été consommé. P. 186 : « Verumtamen generaliter a contrario ab omnibus videtur fore concessum, ut si sponsa traducta infirmitatis gravamine detenta, per carnalem copulam viro suo minime fuerit sociata, interveniente desperatione salutis, aliam sibi potest assumere, priorem tamen a cura et familiaritate sua nunquam debet separare. »

10. Pages 181, 186.

logne, en précisant la théorie de Gratien quant à ses effets, lui avait aussi donné une nouvelle assiette juridique ; elle rapprochait le mariage ainsi conçu de la vente romaine, qui, parfaite comme contrat par le simple consentement, ne transférait cependant la propriété que lorsqu'elle avait été suivie de tradition[1].

La théorie de Gratien avait donc obtenu un grand succès, et quelques-unes de ses conséquences devaient même passer dans la théorie définitive. Cependant, elle n'était pas destinée à triompher dans son ensemble. Elle soulevait, semble-t-il, deux objections, l'une théorique, l'autre d'ordre pratique. Les théologiens lui reprochaient de considérer comme un mariage imparfait le mariage de la Vierge et de saint Joseph, et, en effet, nous avons vu cette déduction expressément énoncée dans Gratien. On trouve déjà ce point de vue dans les ouvrages de deux maîtres français antérieurs à Gratien : Abélard et Hugues de Saint-Victor[2]. D'autre part, l'une des causes de dissolution qu'elle admettait pour le *matrimonium initiatum* paraît surtout avoir porté le trouble dans les mœurs du moyen-âge ; c'est celle qui consistait dans un second mariage, contracté au mépris du premier et consommé par la *copula*. C'est en effet précisément sur ce point que la réaction législative se manifestera. Il semble qu'à cette époque, fort souvent entre le mariage consenti par les époux et le commencement de leur vie commune, il s'écoulait un laps de temps assez long. Cela venait sans doute de ce que les mariages étaient souvent dictés par des intérêts de famille et, pour les nobles, par des considérations politiques ; parfois même ils étaient dans ce but, contractés entre de jeunes enfants[3]. Un certain nombre de

1. *Summa coloniensis*, édit. Scheurl, § 1 : « Transalpini enim initiatum et consummatum matrimonium distinguunt, tradentes pactione conjugali initiari et carnali copula consummari conjugium, sicut contractus emptionis seu permutationis(?) conventione inchoatur, traditione perficitur, quia sic demum dominium transfertur. »

2. Sehling, *Die Unterscheidung der Verlöbnisse im kanonischen Rechte*, 1887, §§ 9 et 12.

3. Le mariage était souvent un moyen d'amener la réconciliation de deux

Décrétales prévoient de semblables hypothèses. Dans de pareilles conditions, on conçoit que, souvent, l'un des époux fût tenté de se soustraire, par un nouveau mariage, à une union dont la réalisation définitive lui répugnait; mais, en même temps, il y avait là un danger social et un exemple immoral. Sous l'influence de ces diverses causes, une théorie très différente de celle de Gratien s'était construite dans l'Église gallicane : elle eut, sinon pour premier auteur, au moins pour interprète définitif Pierre Lombard ; et, sauf sur certains points, elle devait passer dans la doctrine et dans la législation.

III

Dans la construction de sa théorie sur la formation du mariage, Pierre Lombard s'est montré bien supérieur à Gratien. Avec une netteté et une fermeté remarquables il s'est attaché à un principe unique, dont il a rigoureusement déduit toutes les conséquences. A ses yeux, l'élément essentiel et suffisant pour la formation du mariage entre personnes capables, c'est le consentement. Le consentement fait le mariage, à une double condition; c'est d'abord qu'il soit *actuel* (une simple promesse de mariage ne suffirait pas), et ensuite qu'il soit exprimé par des paroles[1], ou, au besoin, par des signes équi-

familles, de terminer par une paix les guerres privées qui ensanglantaient la société. Paucapalea, *Summa*, éd. Schulte, p. 111 : « Præterea sunt etiam aliæ honestæ causæ conjugii de quibus tamen nihil vel parum scriptum invenitur, velut : inimicorum reconciliatio et pacis reintegratio. » *Ibid.* p. 115 : « Præterea sunt alia conjugii bona... aliquando pax inter homines sibi prius hostiliter adversantes. » Les formulaires, sur l'*Instrumentum pacis et concordiæ*, faisaient remarquer que souvent on y insérait une promesse de mariage; *Summa totius artis notariæ Rolandini Rudolphi Bononiensis*, pars I, c. VI (Venetiis, 1583, tome I, p. 140 r°) : « Item ad firmamentum pacis ordinant quandoque pacem facientes quod matrimonia fiant vel inter ipsos principales seu pacem facientes, vel inter descendentes ipsorum, vel fiunt promissiones de futuro matrimonio, quæ sponsalia appellantur. » — Voyez plus loin, deuxième partie, titre I, c. II.

1. *Sent.*, lib IV, D. XXVII, *C*, *D* : « Sufficiens autem causa matrimonii est consensus, non quilibet sed per verba expressus, nec de futuro sed de præ-

valents. Dès que le consentement est donné, le *sponsus* et la *sponsa* sont de véritables époux [1].

Il connaît et repousse les thèses contraires à la sienne : d'une part celle qui soutient que le mariage ne devient parfait et indissoluble que par le *coitus* [2]; d'un autre côté, celle qui attribue aux fiançailles, à condition qu'elles soient jurées, la valeur même d'un mariage [3].

Il se trouve, il est vrai, en face d'une objection des plus sérieuses. Il était admis que le mariage ne tirait sa force dernière, c'est-à-dire son indissolubilité, que du sacrement; or, on tenait aussi traditionnellement que, pour constituer le sacrement, le mariage devait exactement représenter l'union du Christ et de

senti. Si enim consentiunt in futurum dicentes : Accipiam te in virum et ego te in uxorem, non est iste consensus efficax matrimonii. Item si consentiant mente et non exprimant verbis vel aliis certis signis, nec talis consensus efficit matrimonium. » — Lombard va jusqu'à considérer le contrat de mariage comme une *verborum obligatio* : « Obligatio illa verborum quibus consentiunt dicentes : Accipio te in virum et ego te in uxorem, matrimonium facit. » Mais cette idée, dont il tire parfois des conséquences notables, ne doit point être exagérée, car il admet que des signes peuvent suppléer aux paroles. Le chapitre LI (*Saleu*), C. XXVII, qu. 2, qui contient la même théorie, paraissait n'admettre le lien indissoluble en vertu du seul *consensus* que si celui-ci avait été donné dans la forme de la *fides facta*, c'est-à-dire corroboré par serment, les époux se tenant la main dans la main. Mais le *dictum* qui suit a pour but d'écarter cette conclusion; il affirme que le simple consentement équivaut à la *fides facta* : « Fides autem consensus est quando etiam, si non stringit manum, corde tamen et ore consentit ducere, et mutuo se concedunt unus alii, et mutuo se suscipiunt. »

1. *Sent.*, lib. IV, D. XXVII, *E* : « Ex his evidenter insinuatur quod ex tempore quo intercedit consensus voluntarius ac maritalis, qui solus conjugium facit, veri sunt conjuges sponsus et sponsa. »

2. *Sent.*, lib. IV, D. XXVII, *F*, *G*, *H* : « Quidam tamen asserunt verum conjugium non contrahi ante traductionem et carnalem copulam, nec veros conjuges esse aliquos antequam intercedat commixtio sexus; sed a prima fide desponsationis vir sponsus, et mulier sponsa est, non conjux.... Ideoque asserunt a prima fide desponsationis conjuges appellari non re præsentium sed spe futurorum, quia ex fide quam ex desponsatione sibi invicem debent, postea efficiuntur conjuges (ce sont là justement les termes dont se sert Gratien)... Ea pactione ergo conjugali, sponsi et sponsæ sunt ante coitum; in coitu vero sic efficiuntur conjuges. Facit enim pactio conjugalis ut quæ prius erat sponsa, in coitu fiat conjux. »

3. *Sent.*, lib. IV, D. XXVIII, *A*, *B*.

l'Église, ce qui exigeait que, par la *copula*, les époux fussent devenus une seule et même chair. Pierre Lombard adopte bien la première proposition, mais il repousse la seconde : il élève à la dignité du sacrement le mariage consenti, mais non consommé. Il reconnaît une double union entre le Christ et l'Église. L'une existe par la volonté et la charité, et consiste en ce que l'Église veut ce que veut le Christ ; l'autre existe dans la nature même, et consiste en ce que le Christ a revêtu la nature humaine pour s'unir à l'Église. Le mariage consommé peut seul représenter cette seconde union ; mais le mariage simplement consenti représente exactement la première, et cela suffit pour qu'il soit également saint, pour qu'il soit un sacrement. Le mariage consenti et non consommé est déjà un mariage parfait ; le mariage de saint Joseph et de la Vierge n'a jamais été autre, et il serait impie de dire qu'il n'existait pas ou n'était pas parfait [1].

Restent les textes contradictoires qui désignent et traitent les fiancés tantôt comme des époux et tantôt autrement. Pierre Lombard résout leur antinomie en distinguant deux sortes de *sponsalia* [2]. Il y a, suivant lui, une première *desponsatio* qui

1. *Sent.*, lib. IV, D. XXVI, *C*, *D* : « Ut enim inter conjuges conjunctio est secundum consensum animorum et secundum permixtionem corporum, sic Ecclesia Christo copulatur voluntate et natura, quæ idem vult cum eo, et ipse formam sumpsit de natura hominis. Collata est ergo sponsa sponso spiritualiter et corporaliter, id est, charitate ac conformitate naturæ. Hujus utriusque copula figura est in conjugio. Consensus enim conjugum copulam spiritualem Christi et Ecclesiæ, quæ fit per charitatem, significat. Commixtio vero sexuum illam significat, quæ fit per naturæ conformitatem... Inter Mariam et Joseph non fuisse conjugium vel non fuisse perfectum... nefas est sentire... Intelligendum est non quin pertineat mulier illa ad matrimonium cum qua non est permixtio sexuum, sed non pertinet ad matrimonium, quod expressam et plenam tenet figuram conjunctionis Christi et Ecclesiæ. Figurat enim illam unionem Christi et Ecclesiæ quæ est in charitate, sed non illam quæ est in naturæ conformitate. Est ergo et in illo matrimonio typus conjunctionis Christi et Ecclesiæ, sed illius tantum qua Ecclesia Christo caritate unitur ; non illius, qua per susceptionem carnis membra capiti uniuntur. Nec ideo tamen minus sanctum est conjugium. »

2. *Sent.*, lib. IV, D. XXVII, *I*, *L* : « Fit aliquando desponsatio ubi est compromissio viri et mulieris de contrahendo matrimonio, non est autem ibi consensus de præsenti. Est et desponsatio habens consensum. »

contient un consentement actuel des parties de se prendre pour mari et pour femme, un *consensus de præsenti* : celle-là c'est le contrat de mariage proprement dit, *pactio conjugalis* ; c'est le mariage lui-même. Il y a aussi une autre *desponsatio* qui contient simplement la promesse de contracter mariage, qui se rapporte à l'avenir, non au présent : celle-là constitue de simples fiançailles, non le mariage [1]. L'une et l'autre portent indifféremment le nom de *desponsatio* ou *sponsalia*, mais elles diffèrent profondément en réalité [2]. Le mérite d'avoir inventé cette distinction ne paraît pas d'ailleurs revenir à Pierre Lombard. On a montré récemment qu'elle se trouvait déjà dans Hugues de Saint-Victor [3] ; elle était nettement contenue dans le droit romain classique, et le pape Innocent II l'affirme dans une décrétale de la première moitié du XII[e] siècle [4]. Mais c'est bien Lombard qui l'a mise en pleine lumière, et qui en a

1. *Sent.*, lib. IV, D. XXVII, *I* : « Fit aliquando desponsatio, ubi est compromissio viri et mulieris de contrahendo matrimonio : non est ibi consensus de præsenti. Est et desponsatio habens consensum de præsenti, id est pactionem conjugalem, quæ sola facit conjugium. In illa ergo desponsatione ubi est pollicitatio contrahendi matrimonium, sponsi tantum et sponsæ fiunt, non conjuges... In ea vero desponsatione ubi est consensus de præsenti conjugium contrahitur ; ab illius desponsationis prima fide veri conjuges appellantur. »

2. *Sent.*, lib. IV, D. XXVII, *L* : « Sunt enim quædam nuptialia pacta de futuro, ex quibus sponsi et sponsæ vocantur nec exinde conjuges sunt, et est pactio quædam conjugalis de præsenti quæ sponsum et sponsam etiam conjuges facit. Et utraque desponsatio vel sponsalia interdum vocantur, proprie tamen sponsalia dicuntur quædam solennia pacta nuptialia. »

3. Schling, *Die Unterscheidung der Verlöbnisse im kanonischen Recht*, 1887, § 12, p. 60 et suiv. Voici deux passages topiques d'Hugues de Saint-Victor : *Quæstiones in Ep. I ad Corinth.*, qu. 56 (Migne, tome CLXXV, p. 524) : « Causa efficiens est consensus materialis per verba de præsenti expressus » ; et *De sacram*, II, 11, c. v (Migne, tome CLXXVI, p. 486) : « Longe aliud est promittere atque aliud facere. Qui promittit nondum facit... Qui ergo se promisit uxorem ducturum, nondum tamen uxorem duxit, nec conjugium adhuc fuit sed futurum esse debuit. »

4. *Compil. I, De spons.*, IV, 1 : « Super eo quod interrogasti de sacramento conjugii breviter respondeo, illam quam dixisti a patre conjugi traditam, et ab eo, cui tradita fuit, patri commendatam, donec statuta die in domum suam traduceret, dico quod, legitimo consensu interveniente, ex eo statim conjux sit, quo spontanea concessione sese conjugem esse asserit. Non enim futurum promittebatur, sed præsens firmabatur. Quapropter quidquid cum ali-

tiré toutes les conséquences importantes. Il répartit soigneusement entre les deux espèces de *sponsalia* les effets divers et contradictoires attribués à la *desponsatio* par les textes anciens, et rétablit entre eux l'harmonie. Il établit ainsi :

1° Que, seuls, les *sponsi per verba de futuro* peuvent entrer en religion sans le consentement de l'autre fiancé [1].

2° Que si le *sponsus per verba de futuro* contracte mariage avec une autre personne que sa fiancée, ce mariage tient [2]; si, au contraire, le *sponsus per verba de præsenti* prend une autre femme, ce second mariage est nul, alors même qu'il aurait été consommé [3].

3° Que, tous les textes où l'on voit un *sponsus* prenant un autre conjoint, du vivant de l'autre *sponsus*, doivent s'entendre de *sponsi de futuro*.

4° Que, seule, la *sponsa de præsenti* a la qualité de veuve après la mort du *sponsus* [4].

5° Que, seule, la *desponsatio de præsenti* produit l'alliance [5].

Quant à la séparation du mariage pour impuissance du mari,

postmodum factum est in coitu sive in generatione prolis, tanto reprehensibilius est secundum quanto verius est primum. » — Les *Petri exceptiones*, VI, 44 (éd. Savigny) contiennent un passage où l'on trouve une distinction non pas identique, mais analogue : « Si quis ita jurat alicui mulieri : Ducam te uxorem, nondum est uxor. Sed si jurat ita : Habebo te uxorem, uxor deinceps est nec aliam, ea vivente, ducere potest, nisi juste matrimonium separetur ». Il y a peut-être là un argument nouveau en faveur de l'origine française de Petrus, ou de la collection à laquelle il a emprunté ce passage.

1. *Sent.*, lib. IV, D. XXVII, *I* : « In illa ergo desponsatione, est ubi est pollicitatio contrahendi matrimonium, sponsi tantum et sponsæ sunt non conjuges, et talibus sponsis licet sine communi consensu continentiam profiteri et monasterium eligere. »

2. *Sent.*, lib. IV, D. XXVIII, *A* : « Ideo dico quod conjugium tunc non fuit sed futurum promittitur. Si vero ille post uxorem duxit et illa marito nupsit, conjugium utrinque fuit et non potest dissolvi. »

3. *Sent.*, lib. IV, D. XXVII, *O* : « Non est ergo ambigendum quin solus de præsenti consensus conjugium efficiat et exinde veri conjuges appellentur. Ideo post talem consensum si quis alii se copulaverit, etiamsi commixtio illic sequatur, ad priorem copulam revocandus est. »

4. *Sent.*, lib. IV, D. XXVII, *N* : « Et est sciendum quod illa sponsa, quæ tantum in futuro pacta est, mortuo sponso, non remanet vidua, quia non fuerant vir et uxor. »

. *Sent.*, lib. IV, D. XXVII, *K* : « Aliquando enim sponsam vocant, quæ ta-

Pierre Lombard l'admet, à condition que la femme ait ignoré l'impuissance lorsqu'elle contractait ; mais cela n'implique pas, pour lui, que la *copula carnalis* soit un élément essentiel pour la formation du mariage parfait et indissoluble. Il regarde seulement l'homme impuissant comme frappé d'une incapacité de contracter mariage, comme une *persona non legitima*[1]. Enfin, il considère la bénédiction nuptiale comme indifférente quant à la formation du mariage[2].

IV

Les deux théories, représentées, l'une par Gratien, l'autre par Pierre Lombard, se disputèrent pendant un certain temps la chrétienté. L'une dominait en Italie, l'autre était suivie par l'Église gallicane. Un certain nombre de témoignages établissent le fait d'une manière certaine ; et c'est particulièrement sur le point indiqué plus haut, un mariage simplement consenti, suivi d'un autre mariage consommé, qu'ils relèvent l'antinomie.

Voici ce qu'on lit dans la *Summa coloniensis* : « Apparet

em habuerunt desponsationem, ubi fuit pactio conjugalis de præsenti et illæ veræ conjuges sunt. Unde Gregorius : Si quis uxorem desponsaverit vel subornaverit quamdam, postmodum, prævenientе die mortis ejus, nequiverit eam ducere in uxorem, tamen nulli de consanguinitate ejus licet eam accipere in uxorem. »

1. *Sent.*, lib. IV, D. XXXIV, *A* : Penitus vero illegitimæ (personæ) sunt per votum, per ordinem, per cognationem, per disparem cultum. Mediæ vero sunt nec plene legitimæ nec omnino illegitimæ, per frigiditatem, per conditionem. Si enim tales junguntur ignoranter, commanere possunt quibusdam accedentibus causis, et eisdem deficientibus dividi. »

2. *Sent.*, lib. IV, D. XXVIII, *B* : « Hoc autem non ita intelligendum est, tanquam sine enumeratis non possit esse legitimum conjugium ; sed quia sine illis non habet decorem et honestatem debitam. In hujus enim sacramenti celebratione, sicut in aliis, quædam sunt pertinentia ad substantiam sacramenti, ut consensus de præsenti, qui solus sufficit ad contrahendum matrimonium ; quædam vero pertinentia ad decorem et solemnitatem sacramenti, ut parentum traditio, sacerdotum benedictio et hujusmodi, sine quibus legitime fit conjugium, quantum ad virtutem, non quantum ad honestatem sacramenti. »

sponsam uxorem non esse ante commixtionem nec esse perfectum conjugium sola pactione conjugali initiatum. In hac quæstione gallicana et transalpina Ecclesia dissentiunt..... Gallicana Ecclesia... desponsationem in legalem et canonicam distinguit, id est quæ in præsens vel in futurum concipitur[1]. »

De même la *Summa parisiensis* (entre 1160 et 1170) : « Invenitur quædam consuetudo quæ aliter hodie in Francia, aliter in Ecclesia romana observatur. Si enim aliquis aliquam verbis de præsenti desponsaverit et benedictionem cum ea sacerdotalem acceperit[2], sed antequam eam cognoscat, ab alio desponsata carnaliter cognita fuerit, Ecclesia Franciæ cogit eam redire ad primum, sed non Ecclesia romana[3]. »

Enfin, Rufinus, glossateur du XII^e^ siècle, fait la même constatation dans sa *Summa* : « Secundum hoc Bononienses, sicut et Gratianus, talem faciunt distinctionem : matrimonium aliud initiatum non consummatum, etc..., sed Ecclesia Francorum judicat quia si facta fuerit desponsatio verbis præsentis temporis, id est, ego accipio te in meam et e converso, exinde matrimonium est ratum. Unde si postea desponsata carnaliter adjungatur, cogitur redire ad primum qui eam non cognovit. Respondet autem magister P. Longobardus in *Sententiis* suis ad illud Gratiani, dicens quod ista fuit desponsata verbis de futuro, nec fuit consensus de præsenti[4]. »

Entre ces deux théories rivales, les canonistes impartiaux devaient être fort embarrassés de choisir. Aussi la question où Gratien avait exposé sa doctrine (C. XXVII, qu. 2) s'enrichit-elle bientôt, comme je l'ai déjà fait observer[5], d'une *palea*, qui, dans un texte faussement attribué à saint Augustin, reproduisait la doctrine gallicane[6], et exposait en termes curieux

1. Édit Scheurl, §§ 1,9, p. 165, 166.

2. Nous avons vu que Pierre Lombard ne tient pas compte de cet élément

3. Dans Schulte, *Beiträge zur Geschichte der Litteratur über das Dekret*, II, p. 23.

4. Schulte, *Geschichte der Quellen und Litteratur des kanonischen Rechts*, tome I, p. 124, note 13.

5. Ci-dessus, p. 115.

6. C. LI, C. XXVII, qu. 2. : « Duobus modis dicitur fides, pactionis et con-

et expressifs la distinction des deux sortes de *sponsalia*[1].

Mais ce dualisme ne pouvait pas subsister dans un grand corps de doctrine comme le droit canonique. Une théorie unique se constitua à la fin du XII^e^ et au commencement du XIII^e^ siècle ; elle emprunta ses principaux éléments à la thèse de l'Église gallicane, mais ne la reçut pas en entier ; sur certains points elle consacra définitivement l'opinion bolonaise ; de là, un certain manque d'équilibre qui se fera sentir dans toute la suite du temps.

La distinction des deux espèces de *sponsalia* fut admise, et l'on admit en même temps que, les *sponsalia per verba de præsenti* constituant le mariage parfait, si l'un des *sponsi* contractait postérieurement mariage avec une tierce personne, ce second mariage était nul, quand même il aurait été consommé le premier. Cette règle est législativement sanctionnée par le pape Innocent II (1130-1143), même avant le milieu du

sensus. Si aliquis alicui mulieri fidem fecerit pactionis, non debet aliam ducere. Si aliam duxerit, pœnitentiam debet agere de fide mentita ; maneat tamen cum alia quam duxit. Non enim rescindi debet tantum sacramentum. Si autem fecerit fidem consensus, non licet aliam ducere. Si autem duxerit dimittet eam et adhœrebit priori. — *Est autem fides pactionis quando aliquis promittit fidem alicui quod eam ducet si permiserit ei rem secum habere, vel etiam pro consensu. Fides autem consensus est, quando etiamsi non stringit manum, corde tamen et ore consentit ducere et mutuo se concedunt unus alii et mutuo se suscipiunt.* » Ces derniers mots ont pour objet d'assimiler le simple consentement au contrat accompagné d'un serment ou de la *fides corporalis*. Cf. Yves de Chartres, *Ep. CCXXXIV*, p. 408 : « In hunc modum, si vobis libet, satis licet ; ut quod debetis et corde tenetis, ore promittatis, et manu confirmetis, quia non major mihi videtur obligatio oris quam manus, dicente apostolo : Corde creditur ad justitiam, ore autem confessio fit ad salutem. » *Ep. CCXXXV*, p. 409 : « Si enim debitam subjectionem abbas ore professus fuerit, cum ad obtinendam salutem sufficiat professio oris cum fide cordis, credo quia cum hoc in audientia Ecclesiæ testificatus fuerit, promissionem suam irritam non faciet. » Voyez mes *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 99 et suiv.

1. Dans sa *Summa* (édit. Schulte), Paucapalea ne fait pas intervenir ce texte. Il arrête au c. I, la Cause XXVII, qu. 2 (p. 116). Cependant, il donne la formule usitée pour les paroles de présent, (p. 115) : « Efficiens causa matrimonii est consensus... Manifestus item debet esse consensus, id est, manifestis et præsentibus verbis : si personæ adesse possint, uti debent his verbis : Volo te in meam, et : Volo te in meum, et præsentibus testibus confirmari. »

XII^e siècle [1]. Mais celui qui la fit définitivement entrer dans la législation, ce fut Alexandre III (1159-1181). Lorsqu'il n'était encore que *magister Rolandus* il avait enseigné la doctrine bolonaise sur la *sponsa duorum*, mais en la critiquant [2]. Devenu pape, il consacra définitivement la thèse gallicane dans une série de décrétales. Dans le dispositif du c. III, X, *De sponsa duorum* (IV, 4) il l'adopte expressément [3]; mais, dans le texte complet, il semblerait qu'il ne se contente pas du simple consentement pour faire dominer les premières *sponsalia de præsenti*, et qu'il exige que le consentement se soit produit avec une certaine solennité [4]. Une autre décrétale, le c. II, X, *De matrimonio contracto contra interdictum Ecclesiæ* (IV, 16), telle qu'elle a été insérée au *Corpus juris canonici* contient aussi la même doctrine [5]. Enfin une troisième décision est absolument

1. Ci-dessus, p. 122, note 4.

2. *Summa*, édit. Thaner, p. 132 : « Ecclesiæ tamen consuetudo est ut, si desponsata alium virum sibi elegerit, atque ab eodem carnali conjunctione polluta fuerit, secundo eam concedere, quæ tamen consuetudo quibus auctoritatibus defendatur me latere non denego. »

3. « Quod si inter virum et mulierem legitimus consensus interveniat de præsenti, ita quidem quod unus alterum in suo mutuo consensu verbis consuetis expresse recipiat, utroque dicente : Ego te accipio in meam et ego accipio te in meum, sive sit juramentum interpositum, sive non, non licet mulieri alii nubere. Et si nupserit, etiamsi carnalis copula sit secuta, ab eo separari debet et, ut ad primum redeat, ecclesiastica districtione compelli, quamvis aliter a quibusdam prædecessoribus nostris sit aliquando judicatum. »

4. Voici en effet, comment dans le texte original débute la phrase, rapportée à la note précédente d'après le texte de Raymond de Penafort : « Quod si inter virum et mulierem legitimus consensus, *sub ea solennitate quæ fieri solet, præsente scilicet sacerdote aut etiam notario, sicut etiam in quibusdam locis adhuc observatur, coram idoneis testibus,* interveniat de præsenti, *et reliq.* »

5. « Mandamus, quatenus si nihil constiterit quod impediat præter consensum de futuro, qui inter præfatos *R.* et *M.* adscritur præcessisse, secunda matrimonia inviolabiliter observanda, sublato adpellationis obstaculo, judicetis. » — Mais, dans le texte complet, l'une des parties présentait la première *desponsatio*, d'ailleurs non solennelle, comme des *sponsalia de præsenti*, l'autre partie soutenant qu'elle constituait seulement des *sponsalia de futuro* : « Præfatus *R* publice confessus est se cum Maria, sicut superius dictum est, matrimonium contraxisse, et aliam scilicet Mathildam, prava quadam suggestione seductum, postmodum accepisse. Maria vero constanter asseruit.... quod

nette [1]. Cependant la théorie bolonaise gardait encore un certain empire, à titre de coutume locale, au commencement du XIII[e] siècle, ainsi que nous l'apprend le canoniste Huguccio († 1210) : il la signale comme étant encore en vigueur à Bologne, Imola, Modène, Reggio et Parme [2], et cela est attesté pour Modène par une décrétale d'Innocent III de l'an 1200 [3].

Les canonistes résumèrent la doctrine triomphante en disant que le mariage était un contrat parfait par le seul consentement : *Quia contractus jam perfectus est per solum consensum* [4]. En même temps ils faisaient remarquer que ce contrat était plus énergique que les contrats consensuels du droit romain, car il ne créait pas seulement des obligations entre les parties, mais encore il conférait immédiatement à chacun des époux tous les droits qu'il pouvait avoir sur la personne de l'autre. Ils avaient même quelque difficulté à expliquer ce résultat.

inter ipsam et præfatum *R.*, excepta sola fide de contrahendo matrimonio, nulla obligatio intercesserat. »

1. C. VI (8), *Compilat. I* (Friedberg), *De sponsa duor.* (IV, 4) : « Intelleximus virum quemdam et mulierem de mandato domini utriusque sese invicem recepisse, nullo sacerdote præsente nec adhibita solennitate, quam solet anglicana Ecclesia exhibere, et alium prædictam mulierem ante carnalem commixtionem solempniter duxisse et cognovisse ; tuæ prudentiæ taliter duximus respondendum, quod si primus vir et mulier ipsa pari consensu de præsenti sese receperint, dicente uno alteri : Ego te recipio in meum et ego te recipio in meam, etiamsi non intercesserit illa solempnitas, nec vir mulierem carnaliter cognoverit, mulier ipsa primo debet restitui, cum nec potuerit nec debuerit post talem consensum alii nubere. »

2. Glose sur c. XLV, C. XXVII, qu. 2 : « Sed nunc per Dei gratiam et auctoritate Alexandri et Urbani III, hæc pessima consuetudo abolita est per ultra montes et fere per totam Italiam, sed adhuc inquinat Bononiam, Imolam Mutinam, Regium et Parmam. »

3. C. V, X, *De Sponsa duor.*, IV, 4 : « De consuetudine quæ diu in Mutinensi obtinuit civitate, ut si quis juraret se aliquam ducturum et citra carnis copulam desponsasset, si consequenter desponsasset aliam et etiam cognovisset, primo cognita adjudicaretur viro, non quæ prius extitit desponsata. Ne vero turpis sit pars quæ suo non congruit universo, et Ecclesia Mutinensis tenere debeat humiliter et servari quod B. Petri sedem et suam metropolim sequi viderit et docere, in matrimoniis de cætero contrahendis illud te volumus observare, ut postquam inter legitimas personas consensus legitimus intervenerit de præsenti... si personæ junctæ legitime cum aliis postea de facto contrahant, quod prius de jure factum fuerat, non poterit irritari. »

4. Glose sur c. V, X, *De sponsa duor.*, IV, 4.

Ils en donnaient comme principale raison, que les choses et droits spirituels, à la différence des temporels, se transmettaient *jure canonico* par la seule volonté, sans qu'il y eût besoin d'aucune tradition extérieure[1].

Mais si la théorie gallicane, la théorie de Pierre Lombard, triompha ainsi en principe et par sa conséquence juridique la plus importante, elle ne se fit pas recevoir intégralement; la théorie bolonaise, celle de Gratien, conserva sur certains points un empire définitif, et, par suite, il n'était pas toujours aisé d'expliquer rationnellement des règles qui, originairement, avaient répondu à des conceptions divergentes. Le droit

1. Hostiensis, *Summa*, *De spons. duor.*, p. 357 : « Sed videtur quod si secunda uxor primo sit cognita, potior sit in jure quam prima, sicut consuetudo Mutinensis tenebat. Cum enim matrimonium solo consensu contrahatur, ut ibidem, debet esse potior illa cui prius traditur possessio. Sic enim est in emptione et venditione; hi autem contractus solo consensu contrahuntur.... Quæ ergo est ratio? Respondeo, si quæ ratio reddi potest, forte est hæc. Quia consensus matrimonii, in quo matrimonium contrahitur spiritualis sive naturalis, est et de jure naturali rationali a Domino constitutus; sed consensus quo emptio contrahitur juris gentium est et temporalis et ab hominibus constitutus, et contra jus naturale secundum quod omnia sunt communia. Consensus ergo matrimonialis semel contractus semper immutabilis et perpetuus remanet, nam auctor immutabilis est et æternus et naturalia immutabilia permanent. Nec eget consensus iste traditionis adminiculo corporalis; nam spiritualia magis consistunt in bona voluntate et intellectu animi quam in facto seu apprehensione corporali. E contra vero consensus emptionalis, ut ita loquar, momentaneus et mutabilis permanet, nam et auctor suus mutabilis et variabilis est et humana mutabilia. Item temporalia seu corporalia magis consistunt in facto et apprehensione quam bona voluntate et intellectu. Contra vero in spiritualibus observatur; et ideo in matrimonio magis operatur consensus tanquam firmior, et traditio minus tanquam debilior; in emptione autem magis operatur traditio tanquam firmior et consensus minus tanquam debilior. » — Panormitanus (sur c. v, X, IV, 4, n° 6), après avoir rappelé le raisonnement d'Hostiensis, adopte seulement la dernière considération : « Intelligas glossam quod contractus matrimonii est perfectus per solum consensum in quo per solum consensum est translatum plenum jus, ita quod traditio corporalis nihil addat... Nam et aliqua sunt ab homine quæ tamen ex solo titulo suam habent perfectionem, ut est titulus beneficialis; nam per solam collationem beneficii acquiritur plenum jus proviso, ut hic, et c. Si quis tibi absenti, *De præbendis*, VI. Ideo facit regula quia in omnibus spiritualibus ex solo titulo transfertur plenum jus, per Innocentium in cap. Inter cætera, X, *De præbendis*. Ista enim tanquam invisibilia sine alia executione exteriore transferuntur et solo consensu, ut dixi, perficiuntur. »

canonique continua à admettre que le mariage contracté par paroles de présent pouvait, tant qu'il n'avait pas été consommé, être dissous par l'entrée en religion d'un des époux[1] : l'époux qui se convertissait à la vie religieuse n'avait pas besoin pour cela du consentement de son conjoint. Pierre Lombard, plus logique, n'avait admis cette faculté que pour les *sponsalia de futuro*[2], et, lorsque la conception des *sponsalia de præsenti* fut bien fixée, la plupart des docteurs semblent tout d'abord avoir suivi la même règle. C'est ce qu'enseigne Bernard de Pavie dans sa *Summa de matrimonio*, mais il constate en même temps que la coutume ecclésiastique est en sens contraire[3]. Cette coutume fut confirmée, sanctionnée, par deux décrétales d'Alexandre III[4]. Aussi, dans sa *Summa decretalium*, Bernard de Pavie enseigne-t-il fermement cette doctrine[5]. Elle fut encore confirmée par Célestin III, qui, cependant, paraît expliquer les exemples des anciens saints par une révé-

1. C'était bien une véritable dissolution du mariage, puisque le conjoint qui restait dans le siècle pouvait se remarier. *Vide tamen*, c. v (7) *Compil. I* (IV, 4).

2. Voyez ci-dessus, p. 123, note 1.

3. Edition Laspeyres, p. 299 : « Quæritur de sponsa de præsenti an liceat ingredi monasterium sponso inconsulto ; super quo utique decretistæ certant et adhuc sub judice lis est. Dicunt enim plerique eam sine sponsi licentia ingredi non posse, interpretantes capitula quæ videntur contraria de sponsa de futuro, ut C. XXVII, qu. 2, c. XXVII et XXVIII ; quod duplici ratione asserunt, tum quia, cum sponsus et sponsa sit vir et uxor, non potest sponsa dimittere sponsum, excepta causa fornicationis, nisi forte ex consensu amborum, ut C. XXVII, qu. 2, c. II, tum etiam quia ab ipsa desponsatione tenetur, ut dicunt, sponso debitum reddere, et ita sine ejus consensu continere non valet. Hæc sententia rationabilis videtur, magisque nititur auctoritate doctorum, quia vero ab hac sententia ecclesiastica consuetudo discordat, asserunt nonnulli doctores egregii, sine sponsi licentia ingredi posse, suam sententiam ex illis duobus cap. XXVII et XXVIII confirmantes. »

4. C. II, X, *De conv. conj.*, III, 32 : « Verum post consensum legitimum de præsenti, licitum est alteri, altero etiam repugnante, eligere monasterium (sicut sancti quidam de nuptiis vocati fuerunt) dummodo carnalis commixtio non intervenerit inter eos, et alteri remanenti (si continentiam servare noluerit) licitum est ad secunda vota transire. Quia cum non fuissent una caro simul effecti, satis potest unus ad Deum transire et alter in sæculo remanere. » — C. VII *ibidem*.

5. III, 28, p. 112 : « Duæ sunt species conjugatorum, scilicet sponsi et cogni-

lation particulière de la divinité, mais déclare ne pas vouloir s'écarter des précédents émanés de ses prédécesseurs[1]. Pour mettre cette décision en harmonie avec le principe qui dominait dorénavant en maître, l'indissolubilité sacramentelle des *sponsalia de præsenti*, les canonistes imaginèrent une double explication. L'une, plutôt théologique, consistait à dire qu'avant la *copula*, le mariage, en tant que sacrement, représente seulement l'union par la charité de l'Église et du Christ; par l'entrée en religion de l'un des conjoints, la signification de cette union n'est point effacée, mais bien plutôt renforcée, portée à un degré supérieur. Lorsqu'il y a, au contraire, mariage consommé, celui-ci représente l'union charnelle du Christ et de l'humanité, dont la dissolution ou la transformation ne saurait se concevoir[2]. L'autre explication était plutôt juridique. Elle prétendait que, tandis que l'indissolubilité du mariage consommé dérivait du droit divin par la signification parfaite du sacrement, l'indissolubilité des *sponsalia de præsenti* n'avait

ti vel carnaliter conjuncti. Sponsus autem sine sponsæ licentia potest ad religionem transire, similiter et sponsa sine consensu sponsi, etiamsi fuerit desponsatio de præsenti. Cæterum si erant una caro per coitum effecti, non potest alter converti altero in sæculo remanente. »

1. C. XIV, X, *De conv. conj.*, III, 32 : « Etsi possit non inconsulte videri quod ex quo matrimonium inter legitimas personas per verba de præsenti contrahitur illis viventibus in nullo casu possit dissolvi... nisi forte secus fieret ex revelatione divina, quæ superat omnem legem, sicut a quibusdam sanctis legitur esse factum. » — Quant à la possibilité pour le mari d'abandonner sa femme et d'entrer, non en religion, mais dans les ordres sacrés, *ante carnalem copulam*, elle ne fut pas admise. Voyez : glose sur c. un. VI, *De voto*, III, 15; Extrav. Joh. XXII, tit. 6; *Decisiones capellæ Tolosanæ*, qu. 362.

2. Hostiensis, *Summa*, p. 310 : « Dic ergo quod hæc potest reddi ratio, quia ante carnis copulam vinculum Dei et fidelis animæ, quod conjunctione animarum repræsentatur, non minuitur, sed per religionis introitum de bono in melius, quod fieri potest, augmentatur... Sacramentum autem Dei et Ecclesiæ quod significatur per matrimonium consummatum dissolvi non potest. » — P. 340 : « Potest ergo sponsus ante conjunctionem corporum alio invito religionem intrare, quia non solvitur sacramentum unionis Dei vel fidei sed potius augmentatur, nec solvit legem sed adimplet, sicut et Christus, desponsando Ecclesiam, non venit legem solvere sed adimplere. Verum post conjunctionem corporum hoc non potest, quia nec conformitas quæ constat in carne inter Christum et Ecclesiam rumpi valet. »

été introduite que par la *constitutio ecclesiastica*, et que, par suite, la loi de l'Église pouvait y admettre des exceptions. Cette opinion, présentée par Alanus et Vincentius Hispanus, fut recueillie par la glose de Bernard de Parme[1], et par la glose du *Liber Sextus*[2]. Elle est reproduite par Hostiensis[3] et Panormitanus[4], Elle devait conduire à une conséquence juridique plus considérable. On en conclut en effet que le pape, ayant la plénitude du pouvoir législatif, pouvait dissoudre le lien du mariage, tant que la *copula carnalis* n'était pas intervenue[5]. C'est une règle qui s'implantera dans le droit canonique, et établira une nouvelle différence entre le *matrimonium consummatum* et *non consummatum*.

1. Glose sur c. VII, X, *De conv. conj.*, III, 32, v° *Consummatum*.
2. Glose sur c. un., VI, *De voto*, III, 15.
3. *Summa*, p. 309.
4. Sur c. VII, X, *De conv. conj.*, III, 32, n° 12.
5. Hostiensis, *Summa, De conv. conj.*, p. 309 : « Dixerunt quidam ut Alanus quod matrimonium non consummatum sortitur effectum ex constitutione Ecclesiæ, consummatum vero ex constitutione divina. Hoc nihil est, quia matrimonium non consummatum fuit ante Ecclesiam et sacramentum est apud omnes etiam infideles. Ideoque probabilius posset dici quod ratificatio matrimonii constitutione Ecclesiæ firmatur. Unde et apud infideles matrimonium non est ratum ut in decretali Tanto. Et ideo vim istius ratificationis, quæ quanta sit eadem decretalis innuit, tollere potest papa. Unde videtur quod ante carnis copulam, communi dissensu, ratione liberi arbitrii nobis a Deo dati, propter quod privilegium quo primi parentes abusi sunt in labore vescimur pane nostro, auctoritate papæ interveniente, possint se conjuges ad invicem absolvere, sicut legitur in sponsalibus. » — Panormit., sur c. VII, X, III, 32, n° 12 : « Notatur ex glosa quod matrimonium non consummatum sortitur naturam suam ex constitutione Ecclesiæ, et ideo circa illud lae patet potestas papæ, cum papa sit supra jus positivum. Hoc tamen reprobat Hostiensis... Unde dicit Hostiensis et bene quod, cum matrimonium fuerit creatum ante constitutionem Ecclesiæ, non potest habere esse ab Ecclesia sed ab ipso Deo, qui illud introduxit in statu innocentiæ. Sed sola ratificatio procedit ex constitutione Ecclesiæ. Nam matrimonium dicitur ratum cum est indivisibile, et illa ratificatio fundatur super sacramento baptismi. Et in hoc potest papa dispensare; unde videmus quod circa matrimonium infidelium Ecclesia statuit ut certo casu dissolvatur. Concludit ergo ipse, quod, circa consummatum, papa non dispensat inter fideles, quia, cum consummatio consistat in facto, non potest haberi pro non facto; sed in non consummato papa potest dispensare. Unde dicit mirabile verbum, quod cum consensu utriusque sponsi, potest papa, nulla alia causa existente, dissolvere tale matrimonium... Petrus

Alexandre III semble avoir encore admis que le mariage consenti, mais non consommé, se dissolvait par l'*affinitas superveniens,* c'est-à-dire par des relations sexuelles établies entre l'un des *sponsi* et une personne parente de l'autre fiancé [1]. Mais cela ne se maintint pas, et la décrétale où il donnait cette décision, convenablement retouchée, fut entendue comme visant des *sponsalia de futuro* [2].

De même, une décrétale d'Urbain III admet que si, avant la consommation du mariage, l'un des conjoints devient lépreux, l'autre *sponsus* est libre [3]. Mais, ici encore, cette survivance de l'ancienne doctrine ne fut pas de longue durée. On accommoda le texte, pour qu'on pût l'entendre de *sponsalia de futuro* [4] : le texte original parlait simplement de *sponsalia.*

Enfin on maintint cette différence entre le *matrimonium consummatum* et le *matrimonium non consummatum*, que, dans le premier cas, la femme dont le mari venait à mourir restait veuve, tandis qu'elle n'avait pas cette qualité dans le second. Si donc elle se remariait, son nouvel époux, dans le premier cas, était *bigamus quantum ad gradus ecclesiasticos*; il ne l'était pas dans le second [5].

(de Ancharano) tamen hic recitat, quod, dum quidam princeps peteret ab Innocentio papa ut dissolveret matrimonium non consummatum per eum contractum, papa respondit se non posse. Princeps allegavit hanc glossam. Respondit papa : Maledictus qui te docuit. Dicit tamen se ignorare an papa dispensavit, nec refert quare maledixit docentem, sed forte ex eo quia sine causa maxime non deberet papa hoc facere. »

1. C. II, X, *De eo qui cognov. consanguin. uxoris suæ*, IV, 13.

2. Panormit., sur ce chapitre : « Nam per affinitatem dissolvuntur sponsalia de futuro; et est ratio quia sponsalia de futuro nihil aliud sunt quam futurarum nuptiarum promissio; sed per affinitatem supervenientem non potest adimpleri ista promissio, cum inter affines non possit consistere matrimonium : quæ ratio cessat in matrimonio jam contracto carnali copula non consummato; ideo illud non dissolvitur per affinitatem supervenientem. »

3. C. III, X, *De conj. lepros.*, IV, 8.

4. C. III, X, IV, 8 : « Quia postulasti utrum si post *sponsalia de futuro* in te legitimas personas contracta, antequam a viro mulier traducatur, alter eorum lepræ morbum incurrat, alius ad consummandam copulam maritalem compelli debeat; respondemus quod ad eam accipiendam cogi non debet, cum nondum inter eos matrimonium fuerit consummatum. »

5. Gofredus, *Summa*, *De spons.*, p. 171 : « Inter matrimonium consummatum

Il résulta de là que la distinction de Gratien entre le *matrimonium initiatum* et le *matrimonium consummatum*, présentant encore une certaine utilité, se conserva parmi les docteurs, quoiqu'ils ne la fissent plus figurer qu'en seconde ligne. Mais la vieille maxime : *Matrimonium desponsatione initiatur, commixtione perficitur*[1], ne répondait plus exactement au droit du mariage, tel qu'il s'était développé, et les docteurs, en la répétant, cherchaient souvent à la compléter et à la rectifier, sans parvenir exactement à la mettre en harmonie avec la théorie nouvelle[2].

J'ai montré les points sur lesquels la théorie de Gratien s'était victorieusement maintenue ; j'aurai l'occasion de la rappeler encore plus d'une fois, spécialement en étudiant la nullité du mariage pour cause d'impuissance. Mais il faut remarquer que son influence sur la théorie définitive ne se borna pas là. On peut dire en effet que la théorie des fiançailles, des *sponsalia per verba de futuro*, lui doit beaucoup. En même temps que la *desponsatio de præsenti* devenait le mariage, celles-ci prirent un grand nombre des traits qui distinguaient l'ancienne *desponsatio*, à l'époque où elle ne s'était pas encore bifurquée. C'est ce que nous allons voir en étudiant la théorie des fiançailles, telle qu'elle se présente dans le droit canonique du XIII^e^ au XVI^e^ siècle. Mais, auparavant, après avoir

et non consummatum quo ad essentiam matrimonii nihil interest... differunt autem quo ad bigamiam contrahendam vel non. » Hostiensis, *Summa*, p. 330 : « Differunt quo ad bigamiam contrahendam. »

1. Bernard de Pavie, *Summa decretalium*, p. 137 : « Nec illam vulgatam distinctionem credo silentio transeundam, quod matrimonium dicitur initiatum, consummatum et ratum. Initiatur in desponsatione, consummatur in carnis commixtione, ratum efficitur in personarum legitimitate vel separandi impossibilitate. »

2. Hostiensis, *Summa*, *De matrimonio*, p. 349 : « Unde sciendum est quod matrimonium aliquando dicitur initiatum, *aliquando contractum*, aliquando ratum, aliquando consummatum. *Quamvis quidam dicant initiari per verba de præsenti et secundum istos initiatum et contractum idem est.* Alii dicunt quod initiatur per verba de futuro, ratificatur per verba de præsenti, consummatur per carnis copulam *et secundum istos ratum et contractum idem est.* Sed neutra indistincte placent; *quia per sponsalia initiatur, per verba de præsenti contrahitur, in fide ratificatur, per carnis copulam consummatnr.* »

ainsi décrit l'évolution que suivirent dans l'Église d'Occident les règles sur la formation du mariage, il sera utile, je crois, de montrer à quels résultats était arrivée, sur les mêmes points, l'Église d'Orient.

L'Église d'Orient professe qu'elle a toujours considéré le mariage comme un sacrement, bien que ses documents les plus anciens soient muets à cet égard [1]. Mais elle conçut les choses autrement que l'Église d'Occident. Bien qu'elle ait admis la nullité du mariage pour impuissance, elle ne paraît pas s'être préoccupée beaucoup de la signification mystique du sacrement, de l'*unitas carnis* établie entre les époux. Elle prit comme *matière* du sacrement le contrat de mariage, tel qu'il était réglé par la loi civile, ce dernier étant le fondement nécessaire du premier [2]; et, quant à la *forme*, elle la vit dans la présence d'un évêque ou d'un prêtre et dans la bénédiction céleste appelée sur la nouvelle union suivant les formes de la liturgie [3]. Il ne résulta point de là une désunion entre le mariage civil et le sacrement; car, à la fin du IX^e^ siècle, la *Novelle* 89 de Léon le Philosophe, publiée en 893, vint subordonner la validité du mariage à sa bénédiction par l'Église [4].

Mais, si cette solution simple écartait bien des difficultés ressenties en Occident, d'un autre côté l'Église d'Orient avait à compter avec certains éléments de trouble que j'ai examinés précédemment. Dans les lois du Bas-Empire, spécialement dans les *Novelles* de Justinien, les fiançailles avaient pris une importance juridique assez grande. Le canon 98 du concile *in Trullo* accentua cette tendance, au point de vue ecclésiastique, en punissant des peines de l'adultère la personne qui contractait mariage au mépris de fiançailles antérieures, alors que ces fiançailles n'avaient pas été dissoutes; il suffisait pour cela que le baiser eût été échangé entre les deux fiancés et l'anneau passé au doigt de la fiancée. « Par là, l'Église mettait

1. Zhishman, *op. cit.*, p. 125 et suiv.
2. Zhishman, *op. cit.*, p. 132 et suiv.
3. Zhishman, *op. cit.*, p. 136 et suiv.
4. *Novelle* 89. Zhishman, p. 158 et suiv.

les fiançailles sur la même ligne que le mariage, et elle déclarait qu'elles ne devaient point être résolues, si ce n'est pour les causes les plus graves [1]. »

Cela suscita de grosses difficultés; car, d'après le droit civil, les fiançailles pouvaient toujours être résolues par chacune des parties, sauf paiement d'une peine conventionnelle, et, d'autre part, elles pouvaient être conclues par des personnes très jeunes, qui se trouvaient ainsi engagées, sans leur volonté réfléchie, dans des liens très forts. La *Novelle* 74 de Léon le Philosophe apporta une solution. Elle décida que, lorsque les fiançailles auraient reçu la bénédiction de l'Église, leur dissolution ne pourrait avoir lieu que conformément aux lois de l'Église, mais que, d'autre part, celle-ci ne pourrait point bénir les fiançailles avant quatorze ans accomplis pour les garçons et douze ans révolus pour les filles. Il était dit que les fiançailles dûment bénites auraient les effets du mariage, en ce que leur dissolution ne devrait être prononcée que pour des causes autorisant la dissolution du mariage [2]. La bulle d'or d'Alexis, de l'an 1084, vint préciser cet état de droit, en déclarant qu'il n'y aurait de fiançailles légitimes que celles qui auraient été conclues entre pubères et auraient reçu la bénédiction de l'Église, mais qu'alors elles auraient la même force que le mariage [3]. L'Église d'Orient était ainsi arrivée à admettre l'assimilation des fiançailles au mariage; mais elle avait écarté les dangers de cette assimilation en soumettant les unes aux même conditions que l'autre pour la forme et pour le fond. D'ailleurs, les fiançailles du droit civil ne disparurent point. Après une période d'interprétation trouble et hésitante, on reconnut deux sortes de fiançailles : les unes, les fiançailles ecclésiastiques, produisant les mêmes effets que le mariage,

1. Zhishman, *op. cit.*, p. 142.

2. Οὕτω γὰρ καὶ τὰ τῆς εὐλογίας κατὰ λόγον ἕξει, καὶ ἡ τῶν συνελθόντων διάλυσις τελείου γάμου τυγχάνουσα οὐκ ἐναντιουμένης τῇ Ἐκκλησίᾳ καὶ παρὰ τοῦ πολιτικοῦ νόμου τεύξεται κρίσεως. Zhishman, *op. cit.*, p. 143, 145.

3. Zhishman, p. 153, 154.

mais ne pouvant être contractées qu'au même âge que celui-ci ; les autres, les fiançailles purement civiles, pouvant être contractées, à partir de l'âge de sept ans, mais pouvant être librement dissoutes.

CHAPITRE II

Le contrat de fiançailles et le contrat de mariage; leur théorie du XIII[e] au XVI[e] siècle.

Les *sponsalia de futuro*. — I. Leurs effets juridiques. — II. La capacité nécessaire pour les contracter; l'autorisation des parents pour les fiançailles et le mariage. — III. Les causes de dissolution des fiançailles. — Le *contrat de mariage*. — IV. La manifestation du consentement; les *verba*; les mariages entre absents. — V. Le mariage conditionnel. — VI. Les mariages clandestins; la *solempnisatio*; les bans de mariage; la constitution de dot.

I

Les *sponsalia per verba de futuro* constituaient un rouage important dans le système du mariage canonique. Pour bien le faire comprendre, j'indiquerai d'abord les effets qu'elles produisaient; je dirai ensuite par qui et comment elles pouvaient être contractées, et comment elles pouvaient se dissoudre.

Les effets produits par les fiançailles étaient au nombre de trois.

1° Les fiancés étaient obligés de contracter le mariage promis entre eux. C'était là une obligation juridique, sanctionnée par le droit. Chaque fiancé pouvait[1] contraindre l'autre fiancé à

1. C. x, xvi, X, *De spons.*, IV, 1. — Panormit., sur c. x, n° 5 : « Nota quod si alter ex sponsis non vult perficere matrimonium, potest, ad petitionem alterius, compelli per judicem, et compellitur quis precise ad factum, maxime quia hic non potest solvi interesse, quia spiritualia non capiunt æstimationem. »

contracter et avait pour cela une action en justice, par laquelle il demandait que son *sponsus* lui fût adjugé [1]. Mais, comme il s'agissait d'un acte à accomplir, où la volonté intervenait, le juge ne pouvait employer que des moyens de contrainte indirects pour vaincre les résistances, et excommunier le récalcitrant. Aussi certains textes disaient-ils qu'il fallait seulement employer les conseils et non les moyens de contrainte [2]. Certains canonistes cherchaient à écarter cette contradiction, au moins apparente, en distinguant entre les fiançailles simples et les fiançailles jurées; les secondes seules auraient permis de contraindre le fiancé récalcitrant [3]. Mais cette conciliation n'obtint pas grande faveur, soit à raison des principes généraux, soit parce que l'un des textes, qui écartait la coercition, supposait justement des fiançailles confirmées par serment [4]. La règle resta que l'obligation née des fiançailles, quelles qu'elles fussent, devait être judiciairement sanctionnée. Seulement, les canonistes entendaient cette règle avec plus ou moins de tempéraments : les uns voulaient que l'on poussât jusqu'au bout la rigueur; les autres, que l'on cédât par crainte du pire, si l'obstination ne pouvait être fléchie. Nous trouvons à cet

1. *Liber practicus de consuetudine Remensi*, nº 149, p. 147 : « Quidam petebat quamdam sibi adjudicari in sponsam niteus ex solis sponsalibus et petebat eam compelli, ut cum eo matrimonium contraheret, et contractum solemnizaret. » — *Registre de l'officialité de Cerisy*, nº 10 *b* : « Dantes eisdem Jordano et Alicie, *quos adjudicamus in sponsos*, licentiam matrimonium inter se contrahendi. »

2. C. XVII (Lucius III), X, *De spons.*, IV, 1 : « Cum libera debeant esse matrimonia, monenda est potius quam cogenda, cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere. » Cf. c. II, *ibid.* (Innoc. III).

3. Hostiensis, *Summa*, *De spons.*, p. 342 : « Alii autem dicunt quod ubi juramentum intervenit vel fides interposita est, habet locum compulsio, alias autem non compelleretur. » Joh. Andreæ, *Summa de spons.*, p. 2 : « Compelluntur sponsi ad matrimonium contrahendum si sint majores et juraverint, nisi tamen deterius timeatur, quia tunc precise non compellerentur. »

4. C. XVII, X, IV, 1 : « Qua censura mulier compelli debeat quæ jurisjurandi religione neglecta nubere renuit, cui se nupturam interposito juramento firmavit. » — Hostiensis, *Summa*, p. 342 : « Verius videtur secundum canones quod etiam ubi sponsalia nuda sunt, habet locum coercitio, nam ex nudo pacto actionem damus. » — Panormit. sur c. X, *ibid.*

égard, les mêmes hésitations au XIIIe siècle et au XVIe [1]. Quant aux Décrétales qui semblent exclure toute contrainte, on les entendit en ce sens qu'elles n'enlevaient point le droit strict d'agir, mais conseillaient la miséricorde [2].

L'obligation née des fiançailles recevait une autre sanction, indirecte celle-là, mais non moins remarquable. Elle créait un empêchement au mariage que l'un des fiancés aurait voulu contracter avec une tierce personne. Cet empêchement, dans la doctrine enseignée jadis par Yves de Chartres, avait été dirimant, au moins quand il s'agissait de fiançailles jurées; dans la théorie définitive, il était devenu simplement prohibitif. Les docteurs anciens ne l'énuméraient même point d'ordinaire parmi les empêchements, et ce sont seulement des auteurs relativement modernes qui le font figurer sur la liste [3]; mais cela vient sans doute de ce que, dans un système où le mariage pouvait se former sans aucune célébration solennelle, les empêchements prohibitifs avaient une médiocre importance. Celui-là n'en existait pas moins, et il était souvent invoqué par des fiancés qui s'opposaient au mariage de leur fiancé avec une autre personne. Le *Registre de l'officialité de l'abbaye de Cerisy* en fournit un assez grand nombre d'exemples [4].

1. Gofredus, *Summa, De spons.*, p. 171 : « Et nota quod Hugut(io) dicebat in hoc casu non finaliter compelli invitum; unde si semper nolit is, qui cogitur per censuram ecclesiasticam, absolvetur. Nos autem dicimus quod invitus finaliter compelletur, et excommunicatus non absolvetur nisi pareat. » — Covarruvias, *Opera*, I, p. 119 : « Ecclesia ergo id statuit ut sponsi admonerentur ac censuris ecclesiasticis cogerentur, promissum conjugalem consensum præstare. Sed cum libera debeant esse conjugia, neque a judice metus inferri debeat sponsis ne consensus eorum auferatur, oportet ut hæc sit moderata coactio. Unde, si judex videat sponsum ita obstinatum esse ut libere consentire conjugio nolit, potius monitione uti debet quam exactissima coactione. »

2. Innocent IV, sur c. x, cit. : « Hoc de rigore, illud de misericordia. » — Cf. glose sur c. XVII, X, IV, 1.

3. Covarruvias, *Opera*, I, 156 : « Sic sponsus prohibetur cum alia quam sponsa contrahere matrimonium, et tamen, si contrahat, matrimonium tenet. » — Cabassut (XVIIe siècle), *Theoria et praxis juris canonici*, l. III, c. XXI, n° 1 : « Quinque sunt impedimenta (impedientia)... Tertium, sponsalia cum alio adhuc vivente conventa. »

4. *Registre*, nos 8 *b*, 10 *b*, 30 *b*, 35, 50 *b*, 90.

Tout en sanctionnant aussi énergiquement les *sponsalia de futuro*, le droit canonique avait cependant conservé la règle du droit romain qui défendait de fortifier par une stipulation de peine les promesses de mariage[1]. Il ne pouvait cependant pas la justifier par les mêmes raisons; car, à Rome, c'était la liberté absolue des mariages qui voulait que les fiançailles ne créassent aucun lien solide, pussent toujours être dénouées à la volonté de chacune des parties[2]; mais il pouvait fournir une justification particulière : *Spiritualia non recipiunt æstimationem*. D'ailleurs, comme le droit romain, il admettait que des arrhes pouvaient intervenir et que la restitution pouvait en être stipulée au quadruple[3].

2° Par le seul fait de la *copula carnalis* intervenant entre les fiancés, les fiançailles se transformaient en mariage véritable, sans qu'il fût besoin d'aucun consentement manifesté, sans qu'une volonté contraire pût empêcher ce résultat de se produire[4]. Cette doctrine paraît en elle-même tout à fait étrange, quelque explication qu'en fournissent les canonistes; elle s'explique cependant très bien quand on la rapproche des précédents. Elle est tout simplement une survivance de la théorie adoptée par Gratien et qui s'est ici maintenue : *Conjugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur*. Le mariage, ici comme précédemment, se présentait comme un acte en deux temps. On pouvait encore dire : *Facit enim pactio conjugalis ut quæ prius erat sponsa in coitu fiat conjux*[5]. Dans ses déductions, la doctrine des décrétalistes se montra très fidèle à cette tradition. Elle décida en effet que la *copula carnalis* et les

1. Hostiensis, *Summa*, p. 351; Panormit., sur c. XXIX, X, *De spons.*, IV, 1.

2. L. 1, C. V, 1; l. 2, C. VIII, 39.

3. Hostiensis, *Summa*, p. 341, 342 : « Qualiter providebitur diviti burgensi volenti collocare in matrimonium filiam suam alicui nobili et potenti sed pecuniam indigenti. Responde : Det magnam quantitatem pecuniæ pro arris, et stipuletur ipsas in quadruplum... Nam pœna est odiosa, arra vero favorabilis; pœna enim est signum matrimonii distrahendi et puniendi, sed arra est signum matrimonii contrahendi et remunerandi consentientem. »

4. C. XV (Alex. III), XXX (Greg. IX), X, *De spons.*, IV, 1.

5. Pierre Lombard, *Sent.*, IV, D. XXVII, *H.*

sponsalia de futuro, se succédant, mais dans l'ordre inverse, ne faisaient point le mariage [1]. Elle admettait encore que le *coitus*, même obtenu par force de la part d'un fiancé, avait cette vertu transformatrice [2], et cela était très logique; car, dans l'ancienne théorie, la *desponsatio* était un mariage auquel il ne manquait plus que la *commixtio sexuum*; le *sponsus* avait le droit d'obtenir celle-ci par tous les moyens. On exigeait seulement une chose : c'est qu'il y eût eu plus que des tentatives, que les relations sexuelles eussent été complètes, et telles que l'*unitas carnis* en fût la conséquence [3].

Mais cette explication historique, tout naturellement, n'était point celle donnée par les canonistes. Ils devaient mettre cette règle d'accord avec le principe, désormais incontesté, que l'élément essentiel pour la formation du mariage c'était le *consensus de præsenti*. Or, comment établir qu'ici, au moment de la *copula*, les fiancés avaient la volonté actuelle de se prendre pour mari et pour femme? On tourna la difficulté en supposant chez eux cette volonté par une présomption légale

1. Panormit., sur c. xv, X, *De spons.*, IV, 1, n° 2 : « Nota primo quod sponsalia de futuro non transeunt in matrimonium per præcedentem copulam, sed per sequentem : probans ergo sponsalia et copulam simpliciter non concludit matrimonium, cum copula potuerit præcedere, ut hic. » — Covarruvias, *Opera*, I, p. 122 : « Ut quibusdam rem hanc prave intelligentibus occurramus, perpendimus jura canonica... copulam contingentem post sponsalia considerasse, ita ut coitus sponsalia præcedens minimum sufficiat, ut sponsio illa matrimonium judicetur. »

2. Covarruvias, *op. et loc. cit.* Il cherche, il est vrai, à justifier rationnellement ce résultat : « Infero sponsalia in matrimonium transire.... per coitum sponsi et sponsæ, etiamsi sponsus, timore mortis sibi illato, coactus sit sponsam cognoscere : illa etenim copula, si fornicario affectu peracta fuit etiam metu acerrimo, peccatum mortale fuit, non ergo debet præsumi... Hostiensis dicit quod mulier potest allegare... se oppressam fuisse vi præcisa, virum autem hoc non posse dicere, quia vir opprimi non potest, nec solent viri præcise ad coitum cogi. »

3. C. xxxii, X, *De spons.*, IV, 1. Panormitanus, sur ce texte, n° 3 : « Nam, cum copula sequens inducat matrimonium verum ex præsumptione juris deviantis a communibus regulis, non debemus extendere illam præsumptionem seu fictionem ad causam non expressam. Imo plus sentit Innocentius hic, quod si sponsus defloravit sponsam, ex quo tamen non fuit subsecuta seminis commixtio, non est judicandum pro matrimonio. »

qui n'admettait pas la preuve contraire : aussi appela-t-on ces mariages des « mariages présumés »[1]. On faisait remarquer que, grâce à cette présomption, on enlevait à la *copula* le caractère de fornication que, sans cela, elle aurait nécessairement présenté[2]. L'effet de cette présomption était péremptoire dans le *forum externum*; mais les docteurs se demandaient si, dans le *forum internum*, la vérité ne reprenait pas le dessus, de telle sorte que le même mariage aurait pu être considéré comme valable d'un côté et nul d'autre part[3].

Pour s'en tenir au *forum judiciale*, le principe des *matrimonia præsumpta* était un de ceux qui faisaient de l'ancien droit canonique, en matière de mariage, une législation mal équilibrée et d'une application difficile. On conçoit combien fréquents, obscurs et scandaleux, étaient les procès sur l'existence

4. C. xxx, X, IV, 1 : « Is qui fidem dedit *M.* mulieri super matrimonio contrahendo, carnali copula subsecuta, etsi in facie Ecclesiæ ducat aliam et cognoscat, ad primam redire tenetur, quia *licet præsumptum primum matrimonium videatur, contra præsumptionem tamen hujusmodi non est probatio admittenda.* »

2. Covarruvias, *Opera*, I, p. 120 : « Non ex eo quod canones velint sine novo consensu conjugali ex sola copula matrimonium inter sponsos decernere, sed quia Ecclesia præsumit ex illa carnali conjunctione consensum conjugalem, quam præsumptionem canones merito statuerunt ex præmissa consensus conjugalis promissione, et simul ne dicamus copulam illam carnalem esse mortale peccatum, quod dubio procul dicendum esset, nisi in sponsum et sponsam animorum affectio conjugalis præsenti consensu daretur : nec præsumendum delictum est. »

3. Panorm., sur c. xxx, X, IV, 1 : « Numquid hoc sit verum etiam respectu fori pœnitentialis ? Circa quod considera quod aut vir cognovit sponsam de futuro affectu maritali, ita quod eam tanquam uxorem cognovit, et tunc non est dubium quod secundum (matrimonium) sit nullum, cum primum in veritate teneat, ex consensu tacite præstito in copula. Aut cognovit sponsam non affectu uxoris nec habens animum consentiendi in eam tanquam in uxorem, et tunc quoad forum judiciale secundum judicatur nullum et primum erit validum, unde tunc filii erunt legitimi. Quoad Deum vero tenet Vin(centius) quod secundum matrimonium teneat et primum non, unde potius debet pati excommunicationem quam adhærere primæ sponsæ, cum sponsalia ista sint soluta per sequens matrimonium. Et idem tenuit Host(iensis) primo, sed postea videtur opinionem mutare dicens quod in utroque foro, parendum est papæ, qui potuit statuere quidquid voluit in matrimonio non consummato. »

de ces mariages. Le *Registre de Cerisy*[1] et le *Liber Practicus* de Reims[2] nous montrent que, souvent, cette théorie était invoquée en justice. Cependant, d'un autre côté, la jurisprudence des Cours d'Église l'avait utilisée d'une manière ingénieuse, pour transformer fréquemment, et à coup sûr, les unions irrégulières en mariage. Ce procédé, qui nous est indiqué par le *Registre de l'officialité de Cerisy*, était le suivant. Le juge, en vertu du pouvoir disciplinaire que l'Église exerçait sur les fidèles, faisait défense à l'homme et à la femme, vivant en concubinage, de continuer à l'avenir ces relations, sous peine d'être considérés en droit, par ce seul fait, comme mari et comme femme. Cela ne pouvait valoir que parce que les parties citées donnaient leur adhésion à cette sentence, afin d'éviter une peine plus forte. Cette adhésion était considérée comme constituant des *sponsalia de futuro*, qui, par la *copula carnalis*, se changeaient en mariage[3].

3° Les *sponsalia de futuro* créaient un empêchement diri-

1. N^os^ 68, 11 *a*, *b*, *c*, 16 *b*, 26 *e*, 65 *b*, 70, 244, 365 *f*, 384 *i*, 397 *b*, 404 *f*, 411 *c*, 245 *a*, 58.

2. N° 149, p. 147; n° 201, p. 169 : « Mulieri, agenti in causa matrimonii, opposita fornicatione, et partu suscepto post sponsalia, si replicet partum natum ex sponso contra quem agit, videtur in dubio præsumendum pro sponso; quia ex quo non probat quod ex sponso, videtur quod ab alio : item cohitus sponsi non est licitus sicut nec alius. »

3. N° 11 *a* : Coram nobis citati Henricus le Portier filius Thome le Portier et Thomassia filia Ricardi le Guillour, quia de incontinentia diffamati, hoc confessi fuerunt et quod ipsa conceperat duos pueros de ipso Henrico; tamen, ipsa proposuit quod ipse eam alias abjuraverat sub illa conditione quod si ex tunc eam carnaliter cognosceret quod ex tunc haberet eam pro uxore, et ipsa eum similiter vice versa, et quod postmodum eam pluries carnaliter cognoverat; ipse negavit abjurationem sed carnalem copulam confessus est; et nichilominus voluerunt spontanei quod si a modo ipsam carnaliter cognoverit, quod habebunt se invicem pro marito et uxore. » N° 26 *e* : « Abjuraverunt se, sub illa condicione quod si de cetero simul habitarent in eadem domo, solus cum sola in loco de quo posset haberi suspicio de carnali copula, quod ex nunc se consentiunt unus in alium matrimonialiter in virum et uxorem. » Cf. n^os^ 11 *b*, *c*, 65 *b*, 70 — Dans la plupart de ces cas, il s'agit d'ailleurs, non de simples fiançailles, mais d'un véritable *mariage conditionnel* : la condition pouvait être alors ce seul fait, que l'homme et la femme seraient trouvés seul à seul dans un lieu suspect, ce qui facilitait singulièrement la preuve.

mant au mariage que l'un des fiancés aurait voulu contracter avec l'un des parents de l'autre fiancé [1]. Cela s'appelait la *publica honestas* ou *justitia publicæ honestatis*. Ce nom venait certainement des expressions employées par les lois romaines, qui défendaient au fils d'épouser la fiancée de son père, au père d'épouser la fiancée de son fils [2]; mais cet empêchement n'a cependant point été tiré du droit romain : il a son histoire spéciale.

Hincmar de Reims ne l'admettait pas et ne connaissait que l'empêchement fondé sur l'alliance, qui suppose le mariage consommé et l'*unitas carnis* [3]; telle était aussi la théorie très nette contenue dans l'épître du pape Benoît qui forme le canon 18 (*palea*), C. XXVII. qu. 2 [4]. Cependant des textes anciens, rapportés, les uns à Grégoire le Grand, les autres au concile de Tribur (896), défendaient expressément d'épouser la *sponsa* d'un parent, quand même celui-ci serait mort sans l'avoir connue [5]. Chez Yves de Chartres, c'est une thèse fermement posée; mais cela vient de ce qu'il considère la *desponsatio* comme produisant déjà la plupart des effets du mariage [6]. C'est

1. C. VIII, IV, X, *De spons.*, IV, 1; c. I, VI, *De spons.*, IV, 1. — Voyez *Registre de Cerisy*, nos 58, 69, 81 *b*, 68.

2. L. 12, pr. § 1, *D. De ritu nup.*, XXIII, 2; l. 42, pr. *ibid.* : « Semper in conjunctionibus non solum quod licet considerandum est, *sed et quid honestum sit.* »

3. *De nuptiis Stephani* (*Op.* II, p. 659) : « Dicat etiam, si post mortem Stephan virgo permaneat, et se continere non poterit, et nubere magis quam continere elegerit, utrum fratri ejusdem Stephani copulari valebit. Quibus cum contradicere non valebit, aut in quæstione sua deficiat, aut ei nostra solutio satisfaciat. »

4. Ci-dessus, p. 109, note 7.

5. C. XI et suiv., spécialement XIV et XV. C. XXVII, qu. 2.

6. *Ep. XCIX* (p. 192) : « His igitur auctoritatibus manifestum est, quia *postquam per desponsationis fœdus inter duas personas ex majori parte fuerit conjugium ex utrorumque voluntate compactum* non potest alterius frater uxorem fratris ducere, nec soror sororis marito nubere. » — *Ep. CCXLVI*, p. 435 : « Unus maritus duas sorores non posset habere in conjugium, sicut nec una mulier cum duobus fratribus legitimum posset inire matrimonium... Quod si objicitis non fuisse conjugium, ubi constat non subsecutum fuisse carnale commercium, ex auctoritate Patrum respondeo, quia conjugium ex eo insolubile est, ex quo pactum conjugale firmatum. »

le même point de vue que celui auquel s'était placé Hincmar : de part et d'autre, on s'attache seulement à l'idée d'alliance ; mais l'un ne la fait dériver que du mariage consommé, l'autre la fait produire par toute *desponsatio*. Cependant, dans Yves de Chartres paraît aussi une autre idée, celle qui devait triompher et d'après laquelle l'empêchement se justifierait non par l'alliance qui résulterait déjà des fiançailles, mais par les dangers et les inconvénients pratiques qu'entraînerait la solution contraire[1]. Pierre Lombard, fidèle à l'idée ancienne et logique dans son système, attacha l'empêchement aux *sponsalia de præsenti* seules et non aux *sponsalia de futuro*[2]. Pour Gratien, au contraire, cet empêchement était un effet du *matrimonium initiatum* et dérivait par conséquent des fiançailles aussi bien que du mariage consenti ; et c'est la doctrine qui l'emporta[3]. Mais, en même temps, la conception de l'alliance s'étant définitivement rétrécie et fixée, on distingua nettement de l'empêchement résultant de l'*affinitas*, celui fondé sur la *publica honestas*, et l'on expliqua ce dernier uniquement par des considérations de morale et d'intérêt public[4].

1. *Ep. CCXLVI* (p. 436) : « Ut enim esset honestum connubium et thorus immaculatus, diligentissime præcaverunt patres nostri ut desponsata fratri alteri fratri non nuberet, vel confœderatus uni sorori alteram non duceret : quia per hanc licentiam, falleute diabolo, possent multa inhonesta et incestuosa provenire conjugia, quæ cessant, servata prohibitione legitima. »

2. *Sentent.*, IV, D. XXVII, *K* : « Aliquando enim sponsas vocant, quæ talem habuerunt desponsationem, ubi fuit pactio conjugalis de præsenti, et illæ veræ conjuges sunt. Unde Gregorius : Si quis uxorem desponsaverit vel subornaverit quanquam postmodum prævenieute die mortis ejus nequiverit eam ducere in uxorem, tamen nulli de consanguinitate ejus licet accipere eam in conjugio, etc... »

3. Panormit., sur c. VIII, X, *De spons.*, IV, 1 : « Ex his nota quod tam ex sponsalibus de futuro quam ex matrimonio de præsenti oritur publica honestas inter sponsam seu maritatam et consanguineos sponsi seu mariti ; superveniente vero inter eos carnis copula, oritur aliud vinculum affinitatis, unde omnes consanguinei sunt affines uxoris, et durant hæc vincula etiam post mortem alterius. »

4. Panormit., sur c. II, X, *De spons.* IV, 1, : « Scias quod hoc impedimentum non causatur ex consanguinitate nec ex affinitate, quia ante consummationem matrimonii sive carnis commixtionem non est orta affinitas, sed oritur ex consensu præfito in sponsalibus et fuit inductum hoc impedimentum ab

Restait à déterminer la portée de l'empêchement. Les textes sur lesquels il s'appuyait principalement le présentaient, dans leur expression compréhensive, comme illimité ; c'étaient tous les parents en général d'un fiancé qu'ils défendaient à l'autre fiancé d'épouser. Mais les entendre ainsi eût été absurde ; c'eût été donner à la *publica honestas* une portée plus grande qu'à l'alliance et à la parenté ; on restreignit cela aux degrés où le mariage était prohibé entre parents[1]. Mais une autre difficulté plus grave se présenta.

Les fiançailles, auxquelles l'empêchement était principalement rattaché, n'étaient pas, comme le mariage, complètement indissolubles : elles pouvaient, au contraire, on le verra bientôt, se dissoudre pour un assez grand nombre de motifs. Fallait-il décider alors que, la cause, c'est-à-dire les *sponsalia*, disparaissant, l'effet, c'est-à-dire l'*impedimentum publicæ honestatis*, allait aussi disparaître? On décida que non, et cela était assez logique, car les dangers qu'on voulait éviter auraient pu reparaître. On poussa plus loin encore la sévérité, cette fois contrairement aux règles de la logique. On décida que, pourvu que les fiançailles eussent été non conditionnelles, alors même qu'elles auraient été nulles en droit dès l'origine, pour un motif autre que le défaut d'âge ou de consentement, elles n'en auraient pas moins produit, d'une façon définitive, l'*impedimentum publicæ honestatis*[2]. Cette doctrine rigoureuse ne s'établit point d'ailleurs dans l'Église sans résistance ; saint Thomas d'Aquin professait une opinion opposée[3]. Mais, cependant,

Ecclesia propter honestatem, dumtaxat, quia quandoque oriebantur graves inimicitiæ inter consanguineos, cum uni desponsatam alius consanguineorum quærebat ducere in uxorem, et appellavit Ecclesia illud impedimentum publica honestas quia non poterat dari congruentius nomen, cum non posset attribui alicui ex cognationibus, scilicet legali, vel spirituali, vel carnali; nam triplex est cognatio. Istud ergo impedimentum est de per se ex sola honestate ab Ecclesia inductum. »

1. Panormit., sur c. VIII, X, IV, 1 : « Dic quod non; nam si vinculum consanguinitatis et affinitatis non extenditur hodie ultra quartum gradum respectu prohibitionis matrimonii, multo fortius nec istud impedimentum publicæ honestatis. » Cf. Hostiensis, *Summa*, p. 343.

2. C. I, VI, *De spons.*, IV, 1.

3. *Summa*, Supplem., qu. 55, art. 4 : « Dicendum quod omnia impedimenta

c'était déjà un principe reconnu du temps d'Alexandre III[1]. On le justifia en disant que c'était un moyen utile pour détourner les chrétiens de contracter en fait des mariages, au mépris des empêchements édictés par le droit canonique; sachant que leur acte, bien que nul, produirait cependant certains effets définitifs et gênants, ils reculeraient devant cette conséquence[2].

II

Aucune condition de forme n'était exigée pour la validité des fiançailles. Le plus souvent, par tradition, elles étaient accompagnées d'un serment ou d'une *fidei datio*[3]. L'Église, d'autre part, recommandait de les conclure en présence et avec l'intervention du prêtre, et, en effet, c'était là une pratique usitée[4]. Mais, conclues autrement, elles n'en étaient pas moins

quæ faciunt sponsalia non esse sponsalia non permittunt ex pactione nuptiarum affinitatem fieri. Unde sive habens defectum ætatis, sive habens votum continentiæ solemne aut aliquod hujusmodi impedimentum, sponsalia de facto contrahat, ex hoc non sequitur aliqua affinitas, quia sponsalia nulla sunt, nec aliquis affinitatis modus. » — Saint Thomas n'apporte à sa thèse que la restriction suivante : « Si tamen aliquis minor, frigidus vel maleficiatus, habens impedimentum perpetuum, ante annos pubertatis post septennium contrahat sponsalia cum aliqua adulta, ex tali contractu oritur publicæ honestatis justitia, quia adhuc non erat in actu impediendi, cum in tali ætate puer non frigidus, quantum ad illum actum sit æqualiter impotens. »

1. C. IV, X, *De spons.*, IV, 1.

2. Sanchez, *op. cit.*, lib. VII, disp. LXVIII, n° 5 : « Causa quæ hujus decisionis fuit ut fraudibus obviaretur atque propelleretur iniquitas eorum qui contra juris impedimenta contrahere sponsalia nituntur : arcebuntur enim scientes inde publicam honestatem oriri, quæ subsequens matrimonium dirimit. »

3. Voyez mes *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 105 et suiv.

4. *Registre de Cerisy*, n° 60 *b* : « Confessus quod cum Symon de Torneriis cum dicta Petronilla *in facie Ecclesiæ per verba de futuro sponsalia contraxisset.* » — N° 68 : « Quia tamen ipse Petrus *contraxerat sponsalia jurata in facie Ecclesiæ* cum Johanna. » — N° 397 *b* : « Quia per confessionem ipsius ipsa Johanna est sua affidata, et *de post quod fuerunt affidati per manum sacerdotis* confessus est ipsam cognovisse carnaliter. »

valables, pourvu qu'elles eussent été librement consenties par des personnes capables de les contracter. Les vices du consentement en cette matière avaient la même portée que pour le contrat de mariage ; il suffira donc de renvoyer aux renseignements que je fournirai plus loin à cet égard. Mais la capacité nécessaire pour contracter les fiançailles mérite un examen particulier.

Il faut supposer d'abord que l'homme et la femme étaient capables de contracter mariage ensemble ; car, s'il eût existé quelque empêchement à leur mariage, les *sponsalia de futuro* n'auraient créé aucune obligation ; elles auraient seulement donné lieu à la *publica honestas*. Mais cela ne suffisait pas ; il fallait en outre que les fiancés eussent atteint un certain âge.

Pendant fort longtemps, l'âge nécessaire pour se fiancer valablement ne paraît pas avoir été exactement déterminé par le droit canonique. Il résulte clairement d'une lettre d'Yves de Chartres que ce point n'était pas encore fixé de son temps[1], et, avec une grande fermeté, il établit la doctrine qui devait triompher, en distinguant, à cet égard, les fiançailles du mariage, en permettant de contracter celles-ci avant l'âge fixé pour contracter un mariage valable. Il se heurtait pourtant à une difficulté. Yves, nous le savons, tendait à faire produire aux fiançailles la plupart des effets du mariage. Or, il le déclare, pour contracter mariage, il faut être pubère[2]. Malgré cela, lorsqu'il existe un grand intérêt, il admet que, même avant la puberté, la *desponsatio* peut avoir lieu[3]. Jusqu'à quel âge peut-on descendre à cet égard ? Yves déclare que l'âge

1. *Ep. XCIX* (p. 190). La question qui lui était posée était la suivante : « Utrum pueri sex annorum vel infra possint inter se sponsalium vel matrimonii contrahere sacramenta. »

2. *Loc. cit.*, p. 191 : « Et de matrimonio quidem, si legem naturalem consulimus et verba Domini diligenter attendimus... respondere incunctanter possumus, quia tunc primum initur legitimum matrimonium cum conjuges per commixtionem carnis reddere sibi invicem possunt conjugale debitum. »

3. *Ibidem* : « Si autem ante annos pubertatis ratione dilatandæ vel conservandæ pacis inter aliquos talia sacramenta celebrantur, si inter eas personas fiat, inter quas lex id fieri non prohibet, et ex amborum consensu, non reprehendimus. »

n'est pas exactement déterminé par les lois ecclésiastiques ou civiles; cependant, en s'appuyant sur un texte du Digeste, il se prononce pour l'âge de sept ans, comme étant celui où les enfants commencent à comprendre pleinement le sens de leurs actes [1]. C'est, en effet, la règle que les Décrétales posèrent dès la fin du XII[e] siècle [2].

On peut s'étonner de ce qu'un âge si tendre ait été déclaré suffisant : cela s'explique pourtant aisément. Outre l'influence du droit romain, qui fut peut-être prépondérante, d'autres causes contribuèrent à ce résultat. Les fiançailles, je l'ai dit plus haut, avaient au moyen âge une extrême importance, parce que les mariages étaient surtout des alliances entre deux familles, destinées le plus souvent à rétablir ou à maintenir la paix entre elles; c'est ce qu'indique Yves de Chartres dans un des passages cités plus haut; c'est ce que déclare aussi un texte attribué à un pape Nicolas et inséré aux collections de Décrétales [3]. Mais souvent elles ne pouvaient pleinement produire le résultat désiré que si elles intervenaient bien longtemps avant l'époque où le mariage, gage de paix, serait réalisable.

Les fiançailles consenties par des enfants de sept ans révolus, n'étaient pas d'ailleurs aussi énergiques dans leurs effets que celles conclues entre pubères. Jusqu'à la puberté, les choses devaient rester en l'état ; mais, au moment où il devenait pubère, le fiancé avait le droit de rompre les fiançailles, de *repudiare*, sans avoir besoin de fournir aucun motif. Une question se posait seulement. C'était de savoir, lorsque deux enfants avaient été fiancés, si le premier arrivé à la puberté pouvait immédiatement manifester son dissentiment, ou s'il devait

1. *Ibidem* : « Qua autem ætate ista fieri debeant nec ecclesiasticis nec humanis legibus pleniter est diffinitum. Unde in suprascripto continetur libro : In sponsalibus contrahendis ætas contrahentium diffinita non est ut in matrimoniis, quapropter a primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligitur, id est, si non sint minores quam septem annis. » Le texte cité est la L. 14, *D. De spons.*, XXIII, 1.

2. C. IV et V, X, *De desp. imp.*, IV, 2.

3. C. II, X, *De desp. imp.*, IV, 2 (*caput incertum*).

attendre la puberté de l'autre. La première opinion avait été adoptée par la glose de Bernardus Parmensis [1] ; la seconde était professée par Panormitanus [2]. Il résultait de là que, lorsqu'elles se contractaient entre une personne pubère et une personne impubère, les fiançailles représentaient un contrat boiteux : le pubère étant fermement engagé, l'impubère pouvant, au contraire, résilier sans motif quand il arrivait à la puberté .

D'après cela, il semble qu'il n'y avait pas grand intérêt à distinguer entre les fiançailles contractées avant ou après l'âge de sept ans ; les premières étaient nulles, cela est vrai, mais les secondes pouvaient être librement résiliées. L'intérêt existait cependant, et il était assez sérieux, comme le fait observer Hostiensis : les premières, en effet, ne produisaient pas l'*impedimentum publicæ honestatis* ; les secondes l'avaient produit, au contraire, et il survivait à la résiliation [3]. Ajoutons que, quoique nulles, les fiançailles contractées avant l'âge de sept ans pouvaient être ratifiées par l'enfant arrivé à cet âge ; et même la ratification ne devait pas nécessairement être expresse, elle pouvait être tacite [5].

Étant donnés l'importance sociale et familiale des fiançailles, telle que je l'ai indiquée, et l'âge si tendre auquel elles pouvaient être contractées, on s'attendrait à voir le consentement des parents exigé pour leur validité. C'est cependant la règle contraire qui triompha ; dans le droit canonique clas-

1. Sur c. VII, X, *De desp. imp.*, IV, 2 : « Quia frustra expectatur eventus, cujus nullus est effectus ; cum ergo prius factus major poterat contradicere, altero postea facto majore, ergo etiam et nunc poterit contradicere. »

2. Sur c. VII, X, IV, 2.

3. Panormit., sur c. VII, X, IV, 2 : « Nota quod si major contrahit cum minore, contractus claudicat, cum minor non obligatur minori, saltem priusquam pervenerit ad legitimam ætatem, sed major obligatur minori. »

4. C. IV, X, *De desp. imp.*, IV, 2 ; c. un., VI. *De desp. imp.*, IV, 2. — Hostiensis, *Summa*, p. 351 : « Prohibetur tamen districte ne conjungantur ante pubertatem, quod intelligas prohibitum etiam per verba de futuro. Et est ratio prohibitionis, quia non possunt ratificari usque ad pubertatem ; unde si non sequerentur sponsalia, adolescens forte multas amisit uxores et puella multos viros, cum hinc inde tota consanguinitas denegetur. »

5. Panormit., sur c. X, X, *De desp. imp.*, IV, 2.

sique, l'enfant de sept ans, l'impubère, peuvent valablement se fiancer sans aucune autorisation. Les décrétalistes en donnent pour toute raison que ce consentement n'était point non plus exigé pour le mariage : en affranchissant le mariage de l'autorité familiale, le droit canonique en avait également affranchi les fiançailles [1]. Mais cette règle ne s'était introduite qu'après une longue évolution, à laquelle des éléments divers avaient collaboré, et, pour arriver au résultat final, la théorie des fiançailles avait influé sur la théorie du mariage, autant que la théorie du mariage sur celle des fiançailles. Je vais donc examiner ici la question dans son ensemble, quant au mariage et quant aux fiançailles.

Dans le droit romain de l'époque classique, où les fiançailles avaient presque entièrement perdu leur valeur juridique, c'était sur le mariage que s'exerçait le contrôle de l'autorité familiale. Celle-ci se manifestait par la *patria potestas*. Le consentement du *paterfamilias* était exigé pour le mariage des enfants *in potestate*, et il l'était toujours, quel que fût leur âge. Pour les mâles, il fallait parfois, en outre, un autre consentement, celui de leur père, lorsque ce dernier était *filius-familias* lui-même, placé sous la puissance de l'aïeul. L'Église adopta tout d'abord ces principes, sans difficulté et sans résistance, dans l'empire romain [2].

Mais elle se trouva bientôt en présence de peuples qui avaient un droit différent, et dont la principale branche est représentée par la race germanique. Chez celle-ci, la *desponsatio* était la condition même de la validité du mariage ; elle

1. Panormit., sur c. XIII, X, *De spons.*, IV, 1 : « Nota quod illicitus amor præcedens non tollit liberum consensum in matrimonio contrahendo... sponsalia tenuissent et valuissent nisi obstitisset consanguinitas. Et nota hoc dictum quia quotidie accidit inter adolescentes. De jure canonico tenent sponsalia contracta per puellam etiam illicito amore ductam, parentibus ignorantibus : ad substantiam ergo matrimonii de jure canonico non requiritur quod filius contrahat de consensu vel scientia patris. »

2. Tertullien, *Ad uxorem*, II, 8 : « Nam nec in terris, filii, sine consensu patrum, rite et jure nubunt. » — Saint Basile, *Epist. ad Amphil.*, can. 42 : Οἱ ἄνευ τῶν κρατούντων γάμοι, πορνεῖαι εἴσίν, οὔτε οὖν πατρὸς ζῶντος, οὔτε δεσπότου, οἱ συνιόντες ἀνεύθυνοι εἴσίν. — Zhishman, *op. cit.*, p. 618.

en formait le principal élément juridique, et c'était à son occasion que l'autorité familiale intervenait. Ici, il fallait distinguer entre les filles et les garçons. Le fils, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, paraît avoir été affranchi de la puissance paternelle dès qu'il était arrivé à la puberté ; en droit, il paraît donc que jamais il n'eut besoin, pour se marier, du consentement de son père ni, à plus forte raison, d'aucun autre parent, bien qu'en fait la famille intervînt toujours[1]. Pour la fille, au contraire, elle était indéfiniment soumise, quant au mariage, à l'autorité des parents qui avaient le *mundium* sur elle ; et non seulement elle ne pouvait pas prendre un *sponsus* sans leur volonté, mais encore il semble bien que ceux-ci pouvaient valablement la *desponsare*, sans que son consentement fût nécessaire[2].

L'Église accepta volontiers ce droit, quant au mariage des garçons ; il favorisait le mariage, et elle ne songea pas à restreindre la liberté qui leur était laissée. Elle réagit, au contraire, contre l'asservissement des filles, et cela dans un double sens. D'un côté, elle proclama ce principe que la fille, à partir d'un certain âge, ne pourrait pas être *desponsata* sans sa volonté[3] ; d'autre part, elle décida que la jeune fille, alors même

1. La preuve me paraît résulter de ce fait, entre autres, que l'Église, qui chercha à affaiblir l'autorité familiale quant au mariage des filles, ne fit rien de semblable pour le mariage des fils. Les *Libri pœnitentiales*, en particulier, sont instructifs à cet égard. Ils ne parlent de la puissance paternelle, quant au fils, que pour fixer un âge à partir duquel le père ne pourra plus le vendre sans son consentement, à partir duquel le fils pourra, au contraire, sans le consentement du père, soit se donner en servitude, soit se faire moine. Wasserschleben : *Die Bussordnungen der abendländischen Kirche; capitula Theodori* (Dacheriana), c. CLXVI ; *Theodorus, canones greg.*, c. CLXXXIII, CLXXXIV ; *Pœnitentiale Theodori*, II, 12, § 36 ; II, 13, §§ 1, 2 ; *Confessionale pseudo-Egberti*, c. XXVII. — Cf. Freisen, *op. cit.*, p. 310 ; Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, tome II, p. 435.

2. Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, II, p. 578 et suiv. — Cf. Heusler, *op. cit.*, II, p. 282 et suiv. ; Freisen, *op. cit.*, p. 310.

3. *Wasserschleben, Bussordnungen, capitula Theodori Dacher.*, c. CXVIII : « Pater filiam suam usque ad XV annos potestatem habet dare cui voluerit, post vero XV annos sine voluntate sua non licet. » — *Pœnitentiale Theodori*, II, 12, § 36 : « Post hanc ætatem (XVI vel XVII annos) patri filiam suam contra ejus voluntatem non licet in matrimonio dare. » — *Pœnitentiale*

que les parents l'auraient fiancée valablement sans la consulter, pourrait refuser d'exécuter cette promesse[1]. Ce demi-affranchissement de la fille ne s'établit que lentement et difficilement. Dans Yves de Chartres, nous trouvons cette règle nettement énoncée et solidement établie que la *desponsatio* d'une fille par ses parents, même d'une fille impubère, n'a point de valeur si elle-même ne donne son consentement[2]. Mais, à son exposition, on voit que la coutume était en sens contraire et que c'était là une doctrine nouvelle[3]. Dans le décret de Gratien, elle reparaît consolidée, mais, cependant, c'est encore un point sujet à controverse.

Gratien expose et discute, quant à la *desponsatio* des filles,

pseudo-Theodori, c. IV, § 27 : « Puella vero XVI vel XVII annorum sit in potestate parentum, post hanc ætatem non licet parentes ejus dare in matrimonium contra ejus voluntatem. »

1. *Concilium Compendiense* (a. 757), c. VI : « Si francam filiastram suam contra voluntatem ipsius et matris et parentum dederit viro ingenuo aut servo ecclesiastico, et illa noluerit habere ipsum et reliquerit eum, potestatem habent parentes ipsius dare ei alium maritum. Et si ipsa alium habet, quod postea accepit, non separentur. » Là, il est vrai, il est question d'une belle-fille, mais les *Libri pœnitentiales* ont des dispositions générales. Wasserschleben, *Bussordnungen : Theodorus, canones gregor.*, c. LXXXVI : « Disponsatam puellam non licet parentibus ducere alio viro nisi illa omnino resistat; tamen ire ad monasterium licebit si voluerit. » *Idem*, *Theodori Pœnitentiale* II, 12, § 33. — *Confessionale pseudo-Egberti*, c. XX : « Puellam disponsatam non licebit parentibus suis dare alteri viro, nisi illa omnino declarat se eum nolle; tunc, si velit, licebit ei id derelinquere et vitam monasticam sibi eligere, si velit. Si puella cum viro habitare noluit, cui antea desponsata erat, reddatur ei pecunia quam pro illa dederat, et præterea tertia pars hæreditatis. »

2. *Ep. CCXXXIV* (p. 237) : « Respondeo quod et natura disposuit, et lex, tam ecclesiastica quam mundana, firmavit : quia quorum per conjugalem copulam unum debet fieri corpus, eorumdem pariter debet esse consensus. Quidquid ergo pater nesciente virgine juraverit, cum ad annos rationales perducta est, nisi ipsa virgo consentiat, etiam vivente patre, secundum leges irritum erit. »

3. Yves lui-même paraît se placer à ce point de vue dans l'*Ep. CCXXXIII*, p. 312 : « De milite qui de filia sua pactum cum alio milite fecit... respondeo : Si petitor adversus eum testes produxerit, qui ipsis sponsalibus interfuerint, vel alios qui ipsum patrem puellæ in sua præsentia confitentem hoc sponsalia se fecisse testificati fuerint et hæc jurejurando firmare voluerint, ita sponsalia rata esse oportebit. » Mais, sans doute, il suppose l'adhésion de la fiancée.

les deux questions indiquées plus haut. Il se demande d'abord si une fille peut valablement être fiancée par son père sans qu'elle donne son consentement, puis si une fille, valablement fiancée par son père à un homme, peut en épouser un autre[1]. Il répond à la première question que jamais une fille ne doit être forcée d'épouser quelqu'un contre son gré[2], et à la seconde que les fiançailles régulières lient la fille et les parents, mais à condition qu'elles aient été librement consenties par la fiancée[3].

Mais, en même temps qu'il affirme que les pères ne peuvent point *desponsare* leurs enfants, même les filles, même les impubères, sans le gré de ceux-ci, Gratien enseigne, d'autre part, que les fiançailles et le mariage des enfants ne sont point valables sans le consentement du père. Sa théorie est un mélange des idées romaines et des coutumes populaires et ecclésiastiques. Il voit là certainement un privilège de la *patria potestas* au sens du droit romain[4], mais, en même temps, il ne distingue pas le mariage des fiançailles, ce qui se conçoit d'ailleurs aisément, car, pour lui, la *desponsatio* c'est une partie du mariage, le *conjugium initiatum*. Mais ce qui le guide surtout, ce sont les principes romains, soit reproduits dans les textes ecclé-

1. C. XXXI : « Filiam... cuidam in conjugium se daturum promisit; illa assensum non præbuit; deinde pater alii eam tradidit; a primo reposcitur. Quæritur... ; 2° an filia invita sit tradenda alicui; 3° an post patris sponsionem illa possit nubere alii. »

2. C. XXXI, qu. 2 : « Quod autem aliqua non sit cogenda nubere alicui. » — Gratien termine les citations à l'appui, par ce *dictum* sur le c. IV : « His auctoritatibus evidenter ostenditur, nisi libera voluntate nulla est copulanda alicui. »

3. C. XXXI, qu. 3 : « Quod autem post parentum sponsionem aliis nubere non valeant auctoritate Eliberitani concilii monstratur. Ecce quod non licet parentibus sponsalia filiorum suorum frangere, verum hoc de illis intelligendum est quæ illorum consensu contrahuntur. »

4. Ce qui le montre bien, c'est la C. XXXII, qu. 3, dans laquelle il examine l'hypothèse où une fille à marier a pour père un *originarius*, tandis que le grand-père est un homme de franche condition. Il décide avec un texte de Pelagius que le consentement nécessaire et suffisant pour la *desponsatio* est celui du grand-père. La glose en donne cette raison : « Sponsa enim ab illis petenda qui potestatem habent super illam (c. I, C. XXX, qu. 5); sed pater non habet. cum ipse est in potestate alterius. »

siastiques [1], soit directement puisés aux sources [2]. Par rapport à l'état de droit révélé par les *Libri pœnitentiales*, la doctrine de Gratien marque ici un renforcement de l'autorité paternelle, puisqu'il s'ensuit que le consentement du père est exigé pour le mariage de tous les enfants en puissance, sans distinction d'âge ni de sexe. Elle est d'ailleurs reproduite par Paucapalea. Il enseigne en termes généraux que, pour que les époux puissent échanger le consentement légitime qui fait le mariage, la volonté de leurs parents est nécessaire [3], et fait au mariage de la fille une application spéciale et très nette de ce principe [4].

1. *Dictum* sur c. XII, C. XXXII, qu. 2 : « Cum ergo dicitur, paterno arbitrio junctæ viris, datur intelligi quod paternus consensus desideratur in nuptiis, nec sine eo legitimæ nuptiæ habeantur, juxta illud Evaristi papæ : aliter non fit legitimum conjugium nisi a parentibus tradatur. »

2. *Dictum* sur c. XI, C. XXXVI, qu. 2 : « Legitime igitur post pœnitentiam peractam raptor poterit sibi copulare quam rapuit, nisi pater puellæ illam raptori detrahere voluerit. Item *Codicis* lib. V, tit. *De nuptiis* : « Nec filium quidem familias invitum ad ducendam uxorem cogi legum disciplina permittit. Igitur, sicut desideras, observatis juris præceptis, sociare conjugio tuo quam volueris non impediris; ita tamen ut in contrahendis nuptiis patris tui consensus accedat. » Item in eodem leg. 20 : « In conjunctione filiarum in sacris positarum patris expectetur arbitrium. » Item *Dig.*, *De ritu nuptiarum*, leg. 2 : « Consistere non possunt nuptiæ nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt quorumque in potestate sunt. » Item *Instit.*, lib. I, *De nuptiis* : « Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, femina autem viripotens..., dum tamen filiifamilias consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio persuadet, in tantum ut jussus parentum præcedere debeat. »

3. *Summa*, éd. Schulte, p. 115 : « Efficiens causa matrimonii est consensus. Consensus autem debet esse licitus et manifestus... Et cum parentum voluntate fieri debet. »

4. *Summa*, p. 126 : « Ait enim Ambrosius : Quæ vult nubere nubat tantum in Domino, ut electionem tamen mariti parentibus deferat. Item : paterno arbitrio feminæ viris jungantur, nec sine eo nuptiæ legitimæ habeantur. Ergo magis est in nuptiis inquirendus paternus consensus quam avi, cum sine paterno arbitrio nuptiæ non habeantur legitimæ. Item, non fit legitimum conjugium, ut Evaristus dicit, nisi a parentibus tradatur. Sed hæc parentem habet, scilicet patrem; ab eo igitur est tradenda atque petenda. » — Les dernières phrases se réfèrent à un point secondaire sur lequel Paucapalea se sépare de Gratien. Il s'agit du cas où la fille a un père *originarius* et un *avus* de franche condition (C. XXXII, qu. 3). Gratien déclare, dans ce cas, nécessaire

Mais cette doctrine ne devait pas triompher. Le mariage *jure canonico* devait être complètement affranchi de la puissance familiale, et ici, comme sur bien d'autres points, Pierre Lombard devait l'emporter sur Gratien. Lombard est en effet le premier qui enseigne nettement que le consentement des parents n'est jamais une condition essentielle du mariage valable[1]. Il ne fournit pas d'ailleurs d'autre démonstration que cette double affirmation : 1° le consentement (des époux) à lui seul, fait le mariage ; c'était là la base essentielle de tout son système ; 2° dans ce sacrement, comme dans les autres, il y a des éléments qui ne sont point exigés pour l'existence même du sacrement, mais seulement pour lui conférer toute la décence et la dignité convenables, et le consentement des parents est de ceux-là. Mais sûrement, cette conclusion avait été facilitée par un autre fait que ne signale point Pierre Lombard, mais que nous connaissons. Ce fait, c'est que, depuis longtemps, dans la coutume populaire et ecclésiastique, le consentement

et suffisant le consentement de l'*avus*, non celui du *pater* ; ci-dessus, p. 156, note 4. Paucapalea tient au contraire qu'ici, comme toujours, le consentement du père est exigé. Voici comment il continue : « Sed si dicis hujus patris (patrem ?) servum vel famulum esse, dicimus, si hujus consensus non plus requiratur, quam liberi avi consensus, tamen æqualiter est requirendus. Dicit enim Julianus papa : Omnibus nobis est unus pater et unam legem quantum ad Deum habere omnes non dubitamus. Ex hoc itaque colligitur, quod si servus æquam legem habet cum libero, in matrimonio contrahendo multo magis æqualem filium vel filiam nuptui tradendo. » C'est là un point de vue élevé ; Paucapalea le rétrécit un peu en distinguant le *servus* de l'*originarius* : « Auctoritas illa Pelagii, scilicet *patrem puellæ*, etc., loquitur de famulo et non de originario servo. »

1. *Sentent.*, IV, D. XXVIII, *B* : « Illi etiam sententiæ, qua dictum est solum consensum facere conjugium videtur obviare quod Evaristus papa ait : Aliter legitimum non fit conjugium, nisi ab his, qui super fœminam dominationem habere videntur et a quibus custoditur, uxor petatur et a parentibus desponsetur... Hoc non ita intelligendum est, tanquam sine enumeratis non possit esse legitimum conjugium, sed quia sine illis non habet decorem et honestatem debitam. In hujus enim sacramenti celebratione, sicut in aliis quædam sunt pertinentia ad substantiam sacramenti, ut consensus de præsenti, qui solus sufficit ad contrahendum matrimonium, quædam vero pertinentia ad decorem et solemnitatem sacramenti, ut parentum traditio, sacerdotum benedictio, et hujusmodi, sine quibus legitime fit conjugium, quantum ad virtutem, non quantum ad honestatem sacramenti. »

des parents intervenait lors de la *desponsatio* et non lors de la réalisation des promesses de mariage. La *desponsatio* consentie par les parents les liait comme elle liait leurs enfants ; ils ne pouvaient dès lors se dispenser de consentir à son exécution, et, en y consentant, ils ne fournissaient point en réalité un consentement nouveau ; ils exécutaient un contrat, dans lequel ils avaient obligé leur volonté. Par la distinction des *sponsalia de præsenti* et des *sponsalia de futuro*, cette harmonie était rompue. Le contrat de mariage, sous le nom de *sponsalia de præsenti*, avait pris une valeur propre : en droit, il était devenu indépendant des *sponsalia per verba de futuro* ; bien qu'en fait celles-ci le précédassent d'ordinaire, elles n'en étaient plus le préliminaire indispensable. Comme c'était traditionnellement lors des fiançailles qu'intervenait le consentement au mariage, on arriva naturellement à cette conclusion, que le mariage, pouvant exister sans être précédé des fiançailles, pouvait aussi valablement se former sans le consentement des parents. Par une dernière et naturelle conséquence, on décida que ce consentement n'était jamais nécessaire pour la validité des fiançailles elles-mêmes.

Mais cet affaiblissement de la puissance paternelle et de l'autorité familiale fut justifié par d'autres raisons, soutenu par des analogies qui préparèrent le résultat final. Une première considération fut que le mariage est une chose spirituelle, et que, quant aux choses spirituelles, *jure canonico*, l'enfant, dès sa puberté, était affranchi de la puissance paternelle. Le droit canonique ancien fournissait un certain nombre de décisions dans ce sens. Dès qu'il était pubère, l'enfant (au moins le fils) pouvait s'obliger par serment, sans l'autorisation de son père[1] ; et, de bonne heure, l'Église avait établi qu'à partir de leur puberté le fils et la fille pouvaient entrer en religion sans le consentement paternel[2]. On étendit cette règle au mariage et

1. C. XIV, XV, C. XXII, qu. 5.

2. C. I (10e conc. de Tolède) ; c. II (concile de Tribur), C. XX, qu. 2. — Glose sur le c. II : « Et sic solvitur patria potestas post quartum decimum annum, quantum ad religionis ingressum. »

aux fiançailles, par analogie [1]. On tira aussi parti des textes dans lesquels le mariage est souvent comparé à une *servitus*, chaque époux mettant son corps en la puissance de l'autre. L'Église en effet réagissant contre la barbarie et les rigueurs de la puissance paternelle, avait anciennement proclamé ce principe, que, jusqu'à la puberté (ou environ), le père pouvait vendre son fils sans le consentement de celui-ci, mais qu'après il ne le pouvait plus : le fils pubère pouvait, au contraire, se donner en esclavage sans le consentement du père, faculté quelquefois précieuse dans une société désolée par la misère et l'anarchie [2]. Enfin, on ajoutera que le mariage étant un sacrement, l'accès doit en être ouvert à tous ; c'est la même idée qui fera admettre que l'esclave ou le serf peut librement se marier sans l'autorisation de son maître ou seigneur.

Une fois introduit dans le droit canonique, ce principe de l'émancipation des enfants et des mineurs, quant au mariage, en deviendra l'une des pierres angulaires ; mais nous venons de voir qu'il s'était tardivement et péniblement fait recevoir dans l'Église occidentale. L'Église orientale, se conformant au droit byzantin issu du droit romain, exigea toujours le consentement du *paterfamilias* pour le mariage des enfants *alieni juris*, et parfois pour celui des filles *sui juris* le consentement

1. Glose sur c. XIV, C. XXXII, qu. 2 : « Solvitur autem patria potestas, adveniente adulta ætate, quoad matrimonium carnale et spirituale et quoad juramentum. » — Glose sur C. XXXI, qu. 3 : « Dicunt autem quidam quod parentes possunt solvere sponsalia filiorum, sicut possunt etiam sacramentum (c. XV, C. XXII, qu. 5). Quod nego, quia ætas præfixa est intra quam non potest puer jurare. Imo et si sine eorum consensu contrahunt dare debent operam parentes. C. I, X, *De desp. impub.* »

2. Voyez les passages des *Libri pœnitentiales* cités plus haut, p. 154, note 1. — Saint Thomas d'Aquin, *Summa theol.*, Supplem., qu. 45, art. 5 : « Res in potestate alterius non transfertur in potestatem alterius, nisi consentiente illo in cujus potestate erat. Sed puella est in potestate patris. Ergo non potest per matrimonium transire in potestatem viri, nisi patre consentiente... Ad primum ergo dicendum est quod puella non est in potestate patris quasi ancilla, ut sui corporis potestatem non habeat, sed quasi filia ad educationem et ideo, secundum hoc quod libera est, potest se in potestatem alterius absque consensu patris dare, sicut etiam potest aliquis vel aliqua intrare religionem absque consensu parentum, cum sit persona libera. »

de la mère ou des parents [1]. La rigueur de ce régime fut seulement tempérée sur certains points par la pratique ou la législation : notamment, le principe s'introduisit que non seulement le fils formellement émancipé, mais aussi celui qui avait reçu, avec le consentement du père, un établissement séparé, pouvait se marier, sans avoir besoin d'aucune autorisation [2], et l'enfant, fils ou fille, au mariage duquel le père refusait son consentement sans juste motif, put s'adresser à la justice et passer outre avec l'autorisation de celle-ci [3].

Dans le droit canonique occidental, après l'émancipation que je viens de décrire, le père conserva cependant des prérogatives importantes, quant aux fiançailles de ses enfants. On lui reconnaissait le droit de parler en leur nom, de les fiancer sans mandat de leur part [4]. Mais ce droit n'était pas absolu, et, selon les textes les plus favorables aux parents, il fallait distinguer entre les enfants pubères et les impubères. Pour les premiers, le père aurait simplement pu parler en leur nom ; mais, pour que les fiançailles fussent valables, il fallait leur ratification s'ils étaient absents lors des *sponsalia*, ou leur silence, impliquant adhésion, s'ils avaient été présents. Pour les seconds, au contraire, certains textes reconnaissaient au père un droit propre ; il aurait pu de sa propre autorité les fiancer valablement et définitivement [5] ; et l'on peut affirmer que telle fut la doctrine d'abord admise. Elle était en parfaite harmonie avec les mœurs antiques : lorsque deux familles, faisant la paix, fiançaient ensemble, comme gage de réconciliation, deux

1. Zhishman, *op. cit.*, p. 617 et suiv. Cependant, voyez pour la Russie, p. 620, note 2.

2. Zhishman, p. 622.

3. Zhishman, p. 629.

4. Glose sur c. I, C. XXX, qu. 2, v° *Nihil* : « Sed pone quod parentes juraverunt quod filios et filias dent nuptiis ad invicem, nunquid potuerunt se obligare ad alienum factum? Cum alienum factum nemo possit promittere. Item nunquid sunt rei perjurii si filii non contrahunt? Responde, in matrimonio speciale est quod alienum factum potest promitti, nec sunt rei perjurii licet filii non contrahant. »

5. C. II, C. XXXI, qu. 2 : « Potest autem de filio nondum adulto, voluntas cujus nondum discerni potest, cui vult in matrimonium tradere ; et postquam

enfants en bas âge, il était utile que ce qu'elles avaient fait fût sérieux, ferme et solide. On ne devait point permettre au caprice des enfants, devenus adultes, de se manifester et de troubler, par un refus, l'harmonie péniblement établie. Mais le principe de liberté, qui tendait à dominer dans le mariage, répugnait à cette théorie. Déjà, au XI^e^ siècle, Yves de Chartres enseigne que, pour la validité des fiançailles, contractées par un père au nom de son enfant impubère, la ratification de ce dernier est nécessaire [1]. C'est aussi la doctrine de Gratien : il semble même admettre comme impossible que des enfants au-dessous de sept ans soient fiancés [2]; mais, telle n'est pas sa pensée, car il cite à l'appui un texte attribué au pape Nicolas, dans lequel il est dit simplement que les parents, en fiançant des enfants au berceau, font un acte absolument nul, à moins que les enfants ne donnent leur consentement lorsqu'ils sont arrivés à l'âge de raison [3]. Cependant, la doctrine antérieure, les droits de la famille, ne disparurent pas sans luttes. Paucapalea paraît s'en faire encore le défenseur. Dans un passage intéressant de sa *Somme*, il accumule les raisons pour prouver que les parents ont le droit de fiancer leurs enfants en bas âge, et ces raisons semblent bien conduire à considérer ces fiançailles comme fermes et définitives [4]. Néanmoins, on peut

filius pervenerit ad perfectam ætatem, omnino observare et adimplere debet. » Ce texte attribué au pape Hormisdas, mais dont l'origine est incertaine, a été reproduit aux décrétales de Grégoire IX (c. 1, X, *De despons. imp.*, IV, 2); mais sa doctrine est répudiée par la glose. Elle dit de l'obligation pour le fils de tenir la promesse faite par son père : « *Debito honestatis non necessitatis.* »

1. *Ep. CCXXXIV*, ci-dessus, p. 155, note 2.

2. C. XXX, qu. 2 : « Sponsalia ante septennium contrahi non possunt... Probantur ergo sponsalia non posse contrahi inter pueros quorum ætatis infirmitas consensum non admittit. »

3. C. un. C. XXX, qu. 2 : « Ergo qui pueris dant puellas in cunabulis, et e converso, nichil faciunt, nisi uterque puerorum, postquam venerit ad tempus discretionis, consentiat, etiamsi pater et mater hoc voluerint et fecerint. »

4. *Summa*, éd. Schulte, p. 121 : « Item Nicolaus : *Qui pueris dant puellas in cunabulis, nihil faciunt.* Si ergo nihil faciunt, sponsalia in pueritia non contrahuntur. E contra probatur. Leges dicunt, quod sponsalia contrahuntur in septennio et post septennium, ergo contrahuntur in pueritia, quia pueritia

croire que Paucapalea veut simplement repousser une thèse, extrême dans sa réaction, d'après laquelle les fiançailles contractées par les parents, au nom d'un enfant mineur de sept ans, constitueraient un acte absolument nul, non susceptible de ratification. En effet, dans un autre passage, il admet l'enfant pubère à rompre les fiançailles contractées en son nom par son père, *durante pueritia*[1]. Le droit se fixa, en ce sens que les parents purent contracter les fiançailles au nom de leurs enfants, quel que fût l'âge de ceux-ci ; mais, toujours il fallait de la part des enfants, consentants et pubères, une ratification expresse ou tacite[2] : sans cela, les *sponsalia* étaient absolument nulles. Ce droit des parents était un vestige de leur ancienne puissance familiale, réduite à sa plus simple expression.

III

Les fiançailles du droit canonique étaient très énergiques dans leurs effets, et l'on peut soutenir qu'en principe elles étaient, une fois contractées, indissolubles[3]. Elles avaient

est usque ad XIV annum. Lex vero tenenda est nisi obviare canonibus videatur. Item pueri et puellæ in baptismate Christo desponsantur, cum patrini eorum fidem pro eis spondent. Item pueri et puellæ desponsantur Ecclesiæ, cum a propriis parentibus offeruntur, quia, ut auctoritas ait, monachum non solum facit propria professio, sed paterna devotio. Ergo si in pueritia contrahuntur spirituel a desponsalia, multo magis et carnalia, cum sint inferiora. Pro qua quidem parte est danda sententia. »

1. *Summa*, éd. Schulte, p. 114 : « Item in pueritia degens sponsalia contraxisti cum quadam per parentes tuos; cum adultus es, displicet tibi, licet tibi aliam ducere, et illi alii nubere. »

2. C. XI, X, *De despons. imp.*, IV, 2; c. un., VI, *De despons. imp.*, IV, 2.

3. C'est bien le point de vue auquel se placent les canonistes anciens. Voyez Freisen, *op. cit.*, p. 202. — Robertus Flammesburiensis repoussait même, pour ce motif, le droit reconnu aux mineurs de rompre arbitrairement, arrivés à leur puberté, les fiançailles qu'ils avaient valablement contractées, majeurs de sept ans, mais impubères. Robertus Flammesburiensis, *Summa De matrimonio et usuris*, éd. Schulte, 1868, p. 21 : « Dico quod non possunt quia sponsalia sunt præparatoria matrimonii et ideo censentur ejusdem juris cum illo, quod non potest dirimi sola voluntate conjugatorum. »

gardé ce caractère, du temps où la *desponsatio* était déjà *ex majore parte matrimonium*[1]. Mais les *sponsalia de futuro* ne sont point un sacrement, elles ne sont qu'un contrat : leur indissolubilité n'est donc que celle des contrats, elle n'est point absolue ; elle signifie seulement que les parties sont liées, et que l'une d'elles ne peut arbitrairement se dégager de l'obligation.

Conformément à ce principe, on décida qu'elles pourraient, comme tous les contrats, se dissoudre par la volonté conforme des deux parties, par le *dissensus*[2]. A vrai dire, cela ne fut point admis sans résistance. Des canonistes de grande autorité statuaient en sens contraire, en particulier Hugutio[3]. Cependant, cela ne paraît avoir fait difficulté que dans un cas, il est vrai le plus commun, celui où les fiançailles avaient été jurées. N'y avait-il point alors parjure, si l'on permettait la résiliation par consentement mutuel ? Certains le pensaient, mais ce doute ne pouvait tenir : il était de principe que le serment, ajouté à un acte valable, prenait la nature de celui-ci et était soumis à toutes les conditions qui l'affectaient[4], et, d'autre part, c'eût été un mariage voué à un triste avenir que celui contracté contrairement à la volonté vraie des deux conjoints; enfin, le droit canonique admettait que remise pouvait être faite du serment par la partie qui l'avait obtenu[5]. Doctrinalement, beaucoup soutenaient donc que les fiançailles, même jurées,

1. Yves de Chartres, *Ep. CCXLVI* (p. 435) : « Conjugium ex eo insolubile est ex quo pactum conjugale firmatum est. »

2. Gofredus, *Summa*, *De spons.*, p. 171 : « Dissolvuntur sponsalia communi dissensu sicut communi consensu contrahuntur. Nihil enim tam naturale est sicut unumquodque dissolvi genere quo colligatum est. »

3. Glose sur c. 1, C. XXX, qu. 2, v° *Nihil* : « Dubitari consuevit : Ecce aliqui contraxerunt sponsalia de futuro, volunt se mutuo consensu absolvere; quæritur an possint. H(ugutio) dicit quod non; et est argumentum, c. un. C. XXXI, qu. 3. » Ce dernier texte punit les parents qui violent la foi des fiançailles.

4. Voyez mon *Étude sur le serment promissoire en droit canonique* dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, tome XII, p. 318 et suiv.

5. Panormit., sur c. 11, X, *De spons.*, IV, 1, n° 6 : « Et advertas quod licet juramentum principaliter tendat in Deum, quia obligatio primaria acquiritur Deo, tamen quia concernit commodum hominis, Deus recipit juramentum ad illius commodum, et sic, illo remittente, Deus etiam remittit. »

pouvaient être résiliées d'un commun accord par les fiancés, et cette opinion fut législativement sanctionnée par une décrétale d'origine douteuse [1]. Il est vrai que quelques-uns soutinrent que le pape avait prononcé ici comme docteur et non comme législateur [2], mais c'était manifestement une mauvaise raison, et cela devint une doctrine certaine.

Les *sponsalia de futuro* pouvaient aussi se résoudre unilatéralement, contrairement à la volonté de l'un des fiancés, pour un certain nombre de causes déterminées. Si l'on consulte les principaux docteurs, on constate que les listes qu'ils donnent de ces causes ne sont pas parfaitement concordantes; les unes sont plus longues, les autres plus courtes. Ainsi, Hostiensis énumère quatorze causes de dissolution des fiançailles [3], mais il constate que les anciens en comptaient huit seulement; Johannes Andreæ en compte jusqu'à treize [4]. Mais ces divergences ne supposent pas des oppositions de doctrine; elles s'expliquent simplement par ce fait que certains, relevant à la lettre tout ce que contiennent les textes, font figurer sur leur liste des hypothèses où, en réalité, il ne s'agit pas de dissoudre des fiançailles, celles-ci n'ayant qu'une existence apparente. En cette matière, la méthode des canonistes paraît au fond avoir été très simple. Ils ont tout simplement transporté aux *sponsalia de futuro* les causes de dissolution que l'école de Bologne reconnaissait pour le *conjugium initiatum* [5]. On s'en convaincra facilement, rien qu'en parcourant la liste des causes de dissolution véritables, admises par tous.

1. C. II, X, *De spons.*, IV, 2. — Glose sur c. I, C. XXX, qu. 2. v° *Nihil* : « Alii dicunt quod etiam si juraverint possunt se ab invicem absolvere. »

2. Glose sur c. un., C. XXXI, qu. 3 : « Videtur hic quod si ambo parentes vellent se absolvere, non possent. Quod concedit H(ugutio); sed obstat X, *De spons.*, Præterea (c. II). H(ugutio) dicit Alexandrum ibi non papaliter sed magistraliter respondisse. »

3. Hostiensis, *Summa*, p. 330 : « Sic si diligenter consideraveris, non solum octo casus, quos notaverunt antiqui doctores, sed xiiij in quibus solvuntur sponsalia, poteris numerare. »

4. *Summa de sponsalibus* (*Tractatus tractatuum*, tome IX, p. 2 et 3).

5. C'est ce qu'avait déjà fait Pierre Lombard pour deux de ces causes, l'*affinitas superveniens* et le rapt. *Sent.*, IV, D. XXVII, *L.*

Les *sponsalia de futuro* se dissolvaient d'abord par le mariage que l'un des fiancés contractait avec une tierce personne[1]. Cela était forcé, puisque les fiançailles produisaient seulement un empêchement prohibitif, quant à un semblable mariage; mais une pénitence devait être imposée à celui qui avait violé sa foi. Dans la théorie de l'école de Bologne, la première *desponsatio* n'était rompue que par un second mariage *consummatum*; dorénavant, il suffisait d'une simple *desponsatio per verba de præsenti*, puisque celle-ci représentait le sacrement, le mariage indissoluble. Venaient ensuite, comme causes de dissolution des *sponsalia de futuro* : 1° l'entrée en religion d'un des fiancés, ou l'entrée du *sponsus* dans les ordres sacrés ; 2° l'émigration d'un des fiancés dans un pays lointain[2]; 3° la lèpre ou une grave infirmité survenue à l'un d'eux[3]; 4° l'*affinitas superveniens*[4]; 5° la *fornicatio carnalis*[5]; 6° la *fornicatio spiritualis*, c'est-à-dire le crime d'hérésie[6]; 7° l'arrivée du terme, lorsque les fiançailles portaient que le mariage devait être contracté dans un certain délai, et qu'un des fiancés prouvait qu'il n'avait pas tenu à lui que l'union ne fût conclue dans ce délai[7].

IV

Par la théorie des *sponsalia de præsenti*, le mariage, nous l'avons vu, était devenu un véritable contrat consensuel. Se comportait-il absolument comme tel? C'est un point intéressant à examiner[8].

1. C. xxxi, X, *De spons.*, IV, 1.
2. C. v, X, *De spons.*, IV, 1.
3. C. iii, X, *De conj. lep.*, IV, 8.
4. C. viii et ix, *De eo qui cogn.*, IV, 13.
5. C. xxv, X, *De jurejurando*, II, 24.
6. C. vi, viii, C. XXXVIII, qu. 1.
7. C. xxii, X, *De spons.*, IV, 2.
8. Je ne reviens point ici sur la différence entre ce contrat consensuel et les contrats du droit romain qui se forment *consensu*; à cet égard, voyez plus haut, p. 128.

Si le contrat de mariage se comportait exactement comme les contrats consensuels, il suffisait, pour qu'il se formât, que le consentement fût constaté d'une manière quelconque. Cependant, en principe, on exigeait qu'il se manifestât par des paroles, comme l'indique l'expression classique : *sponsalia per verba de præsenti*[1]. Les théologiens expliquaient cela en disant que les paroles étaient nécessaires, parce qu'elles constituaient *la forme* du sacrement ; ou, suivant quelques-uns, sa *matière*[2]. Les canonistes, tout en rappelant cette explication[3], insistaient surtout sur le danger qu'il y aurait à admettre que le mariage pouvait se former sans une manifestation expresse du consentement[4]. Toutefois, jamais on ne poussa à l'extrême cette exigence, qui eût rendu le mariage impossible pour les muets et les sourds. Deux décrétales d'Innocent III, répondant à des doutes sur ce point, vinrent expressément permettre le mariage aux muets et aux sourds, qui, alors, devaient exprimer leur consentement par signes[5]. Mais, au XIIIe siècle, c'était encore l'opinion courante que, pour ceux qui pouvaient par-

1. Pierre Lombard, *Sent.*, IV, D. XXVII, *C* : « Efficiens causa matrimonii est consensus, non quilibet sed per verba expressus, nec de futuro, sed de præsenti. »

2. Saint Thomas d'Aquin, *Summa theol.*, Supplem., qu. 45, art. 2 : « Respondeo dicendum quod sicut ex dictis patet conjunctio matrimonialis fit ad modum obligationis in contractibus materialibus. Et quia materiales contractus non possunt fieri nisi sibi invicem voluntatem suam verbis promunt qui contrahunt, ideo etiam oportet quod consensus matrimonium facieus verbis exprimatur, ut expressio verborum se habeat ad matrimonium, sicut ablutio exterior ad baptismum. »

3. Glose sur c. XXVI, X, *De spons.*, IV, 1 ; Panormit., *ibid.* : « Duo substantialia, scilicet materia et forma... Placet tamen expositio glosæ ut substantia capiatur pro consensu... forma vero dicuntur ipsa verba. »

4. Innocent IV, sur c. XXV, X, IV, 1 : « Plus videtur, quod etiam si constet modo quod ad invicem consenserunt, quia hoc confitentur, tamen non est matrimonium sine verbis. Et est hæc ratio, quia sic statuit Ecclesia, licet sit contra jus naturale, quod est quod solo consensu contrahitur matrimonium : sed fuit justa causa statuti hujus, scilicet ne tantum sacramentum esset in incerto, et, si contrarium diceretur, sequeretur absurditas, scilicet quod si vir et mulier eundo per viam sibi invicem placerent et in corde suo desiderarent quod essent conjuges, sequeretur quod inter eos esset matrimonium, quo nihil periculosius. »

5. C. XXIII, XXV, X, *De spons.*, IV, 2.

ler et entendre, les paroles étaient nécessaires[1]. Hostiensis professa nettement l'opinion contraire. Admettant ici toutes les conséquences des contrats consensuels, il soutint que les paroles n'étaient exigées que comme manifestation du consentement, que, par suite, celui-ci pouvait se manifester valablement de toute autre manière, par signes, comme l'avait déjà déclaré Pierre Lombard[2], par écrit, par tout acte extérieur suffisamment démonstratif[3]. Cette opinion était devenue tout à fait dominante au XV^e^ siècle[4]. Alors même qu'ils exigeaient des *verba* pour la validité du contrat de mariage, les canonistes n'exigaient point des paroles sacramentelles. Mais, par la force des choses, un tel état de droit tournait au formalisme, auquel sont si favorables les coutumes populaires. Cer-

1. Hostiensis, *Summa*, p. 344 : « Ideo, secundum vulgarem opinionem, duo requirit, consensum scilicet et verba, ubi loqui potest is qui contrahit. »

2. *Sent.*, IV, D. XXVII, *C* : « Si consentiant mente et non exprimant verbis *vel aliis certis signis*, nec talis consensus efficit matrimonium. »

3. *Summa*, p. 344 : « Mihi videtur quod solum consensum requirit Ecclesia, quoad essentiam matrimonii, unde sufficit si dicant : consensimus. Verba autem requiruntur ad hoc ut consensus probetur, sed et si verba deficiant sufficere debent signa etiam in loquente. Nam qualitercumque consensus probetur non audeo asserere nec consulere ut hi quos Deus conjunxit per hominem separentur... Et numquid sufficit si scribat voluntatem suam sine verbis? Ita videtur... Et numquid si post nutum vel signum sequatur sponsa virum et ipso facto consentiat sine verbis, erit matrimonium. Certe plus est consentire factis quam verbis... Quamvis enim non respondeatur interrogationi, *sufficit quod de consensu appareat qualitercumque sicut dicit lex in consimili contractu... locationis et emptionis* qui solo consensu contrahitur. »

4. Panormit., sur c. XXV, X. IV, 1, n° 2 : « Glosa multum instat in hoc et involute loquitur, doctores sunt varii. Innocentius tenuit verba esse de substantia quoad Ecclesiam militantem in loqui valentibus... Hostiensis tenuit verba non esse de substantia quoad Ecclesiam, sed satis est qualitercumque appareat de consensu. Johannes Andreæ distinguit, quod aut præcessit tractatus et non requiruntur verba, alias verba sunt necessaria. *Sed doctores moderniores communiter sentiunt cum Hostiensi...* nam verba exiguntur solum ad ostendendum consensum, ideo satis esse debet quod per signa appareat de ipso consensu, et hanc opinionem semper tenui et probo per stum textum... Papa respondendo probat verba non esse de substantia, adducendo exemplum in muto; si non quoad validitatem matrimonii voluisset æquiparare mutum et loqui valentem inepte adduxisset exemplum de muto, et licet postmodum dixerit verba esse necessaria, habuit respectum, quia communiter loqui valentes exprimunt consensum per verba. »

taines formules étaient communément usitées pour contracter les *sponsalia de futuro*, d'autres pour contracter les *sponsalia de præsenti*. Les docteurs, interprétant les formules prononcées par les parties, décidaient qu'elles faisaient ou ne faisaient pas le mariage ou les fiançailles[1]. Cependant, ce qui semble avoir surtout dicté l'interprétation de la pratique, ce sont les habitudes du langage populaire[2].

Une autre conséquence se dégagea du caractère de contrat consensuel reconnu au mariage, c'est que celui-ci pouvait être contracté entre absents, et par mandataire. Cela était logique : le droit romain avait toujours enseigné que, dans les contrats qui se forment *consensu*, l'expression du consentement peut être transmise d'une partie à l'autre par un *nuncius* ou par une lettre. C'est, pour le mariage, une opinion admise dans le glose du Décret[3] et sanctionnée par une décré-

1. Voyez, par exemple, *Liber practicus de consuetudine Remensi*, n° 157, p. 151 : « Utrum hæc verba : Non dimitterem te pro pejore vel meliore, nec habebo alium donec te habuero, faciant sponsalia? — Hæc verba... etiam e contrario altero idem promittente, non generant sponsalia seu matrimonium, nec alter potest contra alterum agere, nisi cum alter vult se obligare fortiori vinculo cum tercio ; et tunc agit ut conventiones servet, sed potest modo ad interesse ; et tenent sponsalia cum alio contracta, per quæ sponsalia rumpuntur conventiones primæ. » Cf. n° 404, p. 315 : « Sequitur bona quæstio et frequens, utrum hæc verba : Volo te in uxorem et volo te in virum, faciant matrimonium et possit mutari voluntas. »

2. *Liber practicus* de Reims, n° 256, p. 204 : « Quædam in causa matrimoniali dicebat quod quidam dederat sibi fidem de matrimonio seu sponsalibus cum ea contrahendis et quod promiserat ei quod eam duceret in uxorem vel sponsam, et ipsa scilicet illi viro promisit quod non dimitteret eum pro pejore vel meliore. Videbatur quod ex parte mulieris non sint verba exprimencia consensum de præsenti vel futuro Sed certe, *quoniam simplices vulgariter talibus utuntur verbis*, et quia ipsamet quæ talia verba dixerat instabat, et quia secuta fuerat carnalis copula nec alia super hoc se opponebat, his omnibus concurrentibus sententiam latam pro matrimonio confirmavi. »

3. Sur c. XIII, C XXX, qu. 5, v° *Uxor* : « Et est argumentum quod matrimonium potest contrahi inter absentes.... Et dicit lex quod omnes contractus qui consensu contrahuntur inter absentes celebrantur.... Sed quid dices si aliquis consensum suum exprimat alicui feminæ per litteras, et ante receptas ab illa ille pœniteat? Hu(gutio) dicit non esse matrimonium, licet illa consentiat : quia requiritur quod duret voluntas prioris. »

tale d'Innocent III[1]. Cependant, des scrupules avaient surgi sur ce point. Les uns étaient tirés des décisions du droit romain sur les mariages entre absents. Là, en effet, l'homme et la femme semblaient être différemment traités, la loi exigeant pour la femme, non seulement qu'elle consentît, mais encore qu'elle fût *deducta in domum mariti*; mais on répondit que, *jure canonico*, la loi, en fait de mariage, devait être la même pour les deux conjoints[2]. D'un autre côté, étant donnée l'importance qu'avaient les *verba* dans le contrat de mariage, d'après la théorie ancienne, il semblait bien que le mariage fût impossible entre personnes absentes, qui ne pouvaient échanger ces paroles. On écarta la difficulté en disant que leurs procureurs pouvaient les prononcer pour eux; que les époux étaient censés parler par la bouche de leurs mandataires[3]. Hostiensis donne même les formules qui étaient usitées dans ce cas[4]. Cela devait conduire à considérer l'intermédiaire qui prononçait ces paroles, non comme un simple *nuncius*, mais

1. C. XIV, X, *De convers. conj.*, III, 32 : « Quidam nobilis proponebat se prius mulierem ipsam, mediantibus internunciis, per verba de præsenti, arra etiam interposita desponsasse. » Dans la suite du texte, le mariage est reconnu valable.

2. Hostiensis, *Summa*, *De spons.*, p. 341 : « Hoc notandum circa hanc materiam quod licet maritus per nuncium suum possit uxorem ducere, mulier tamen per proprium nuncium non potest nubere; sed et ubi maritus per litteras vel nuncium contrahit, non videtur uxor esse, nisi deducatur in domum mariti sicut dicit lex (5, *D*, *De ritu nupt.*, XXIII, 2). Sed non puto quod secundum canones sint subtilitates hujusmodi admittendæ: sicut ergo vir potest per nuncium uxorem ducere, sic et mulier virum, quia non ad imparia judicantur circa matrimonium. »

3. Glose sur c. VIII, C. XXX, qu. 5, v° *Uxor* : » Dic quod ore videntur consentire, cum procuratores eorum nomine consentiunt. »

4. *Summa*, *De spons.*, p. 341 : « Et si sit matrimonium de præsenti, poterit sic dicere nuncius puellæ : Dominus meus salutat te et mandat tibi quod per me vel me mediante accipit te in suam et consentit in te tanquam in uxorem. Econtra puella poterit respondere : Et ego, te mediante, recipio dominum tuum in meum cum ipse me in suam, te mediante, recipiat, et in sponsum consentio, tanquam in dominum et maritum meum. Vel brevius : Consentio his quæ mihi denuntiasti. Hæc comprobantur in juribus allegatis et in salutatione et denunciatione Beatæ et Gloriosæ semper Mariæ Virgini facta a Gabriele archangelo. »

comme un véritable *procurator*, représentant parfaitement la personne de son mandant. C'est, en effet, la conception qui triompha. On admit le mariage par procureur à une double condition : 1° que le mandat à cet effet fût spécial, un mandat général ne suffisant pas; 2° que le mandat n'eût pas été révoqué au moment où le procureur échangeait les paroles de présent. Enfin, le *procurator* ne pouvait, à moins d'un pouvoir formel sur ce point, se substituer un sous-mandataire[1].

Le mariage contracté par lettre ne paraît pas avoir soulevé les mêmes scrupules, probablement parce qu'il était moins usité; la plupart du temps, d'ailleurs, il devait se confondre avec le mariage par procureur, à une époque où les lettres étaient portées par un messager spécial.

Comme les *sponsalia de præsenti,* et à plus forte raison, les *sponsalia de futuro* pouvaient se contracter entre absents.

V

Le droit canonique admit que le mariage pouvait être contracté sous condition[2]. Cependant, cela semblait contraire aux principes. Il paraissait y avoir une incompatibilité naturelle entre le contrat de mariage et la condition, qui, au contraire, pouvait très bien être apposée aux *sponsalia de futuro*[3]. En effet, le consentement contenu dans les paroles de présent se rapportait nécessairement au moment actuel; la condition, au contraire, visait nécessairement l'avenir. Les canonistes sentirent l'objection, tout en la présentant souvent sous une forme

1. C. IX, VI, *De procur.*, I, 19. Ce qui concerne la non-révocation du mandat était déjà contenu dans la glose de Johannes Teutonicus, sur c. VIII, C. XXX, qu. 5, v° *Ucor* : « Requiritur quod duret voluntas prioris, nam requiritur ibi mutuus consensus. Secus tamen est in aliis mandatis, nam licet revocetur mandatum, altero ignorante, tenet tamen contractus. »

2 Les décrétales de Grégoire IX contiennent un titre spécial sur cette matière : IV, 5, *De conditionibus adpositis in desponsationibus et in aliis contractibus.*

3. Dans ce cas, jusqu'à l'arrivée de la condition, elles ne produisaient pas l'*impedimentum publicæ honestatis*, c. I, VI, *De spons.*, IV, 1.

un peu différente, fournie par leurs études de droit romain. Ils se demandèrent si le mariage n'était pas un de ces *actus legitimi*, visés dans un texte célèbre[1], qui ne comportent ni terme ni condition. Mais ils écartèrent l'objection, en montrant, par des raisons scolastiques, que ces *actus legitimi* et le mariage n'étaient pas de la même nature[2]. Ils crurent trouver d'ailleurs une solution directe de la difficulté, en disant que ce qui était suspendu par la condition, c'était, non le mariage lui-même, mais le consentement nécessaire au mariage : tant que la condition était en suspens, il n'y avait pas de mariage du tout, pas même de mariage conditionnel ; quand elle s'accomplissait, il y avait un mariage actuel et parfait[3].

Une autre objection s'était encore présentée, prise, celle-là, au fonds propre du droit canonique. Les canonistes comparaient en effet sans cesse le mariage proprement dit, ou *matrimonium carnale*, au mariage spirituel, c'est-à-dire à l'union d'un prélat avec son Église. Or, l'élection d'un prélat, c'est-à-dire son

1. L. 77, D. *De reg. jur.*, L. 17.

2. Hostiensis, *Summa*, *De condit. adpos.*, p. 361 : « Verum contra hanc materiam opponitur ex lege ff. Actus legitimi, *de regulis jur.* Solve : actus illi non sunt contractus, sed quasi contractus secundum Gofredum et Bernardum. Imo dic aliud ibi et aliud hic. Ratio diversitatis est hæc : Quia actus illi perficiuntur auctoritate judiciali sive testatoris cujus voluntas sententiæ æquiparatur, sed sententia non debet ferri sub conditione. Item actus legitimi non recipiunt conditionem quia non possunt in pendenti esse. Aliud in matrimonio, quod ex consensu et voluntate contrahentium perficitur, et plerumque in pendenti est. » — Cf. glose sur règle 5, VI, *De reg. juris.*

3. Panormit., sur c. 1, X, *De cond. adp.*, IV, 5 : « Quidam dixerunt quod in matrimonio non potest apponi conditio, quia consensus debet esse purus et absolutus ; sed hoc est falsum, ut in contrariis, nisi intelligas quod matrimonium non potest consistere nisi ex solo consensu puro et absoluto. Nam existente conditione consensus remanet purus et tunc vere incipit tenere matrimonium. » — Covarruvias, *Op.* I, p. 131 : « Manifestum est matrimonium non recipere conditionem : repugnat enim matrimonio conditio, cum, ea pendente, ad matrimonium consensus præstitus non sit, at, ea eveniente, matrimonium perfectum est... Unde consensus ad matrimonium conditionem admittit, ipsum vero matrimonium nullam recipit conditionem. Sunt enim actus legitimi quidam, id est a legibus instituti ut statim ex his effectus aliquis purus sequatur, qui conditionem non recipiunt nec diem... Matrimonium itaque institutum est ad cohabitationem mutuam atque conjunctionem, repugnat ergo ei conditio, cum, ea pendente, effectum proprium minime consequatur. »

mariage spirituel, ne pouvait pas être conditionnelle[1]. Mais à cela on répondait facilement en montrant qu'entre les deux sortes de mariage il y avait bien d'autres différences. Dans l'un, par exemple, il ne pouvait être donné ou promis d'argent sous peine de simonie; dans l'autre, au contraire, les pactes pécuniaires étaient usuels; une personne frappée d'indignité ne pouvait être élue à une église; elle pouvait, au contraire, valablement se marier[2]. Le mariage conditionnel avait donc été admis : on le traitait encore en cela comme un contrat ordinaire, comme un contrat consensuel[3]. Mais, quels étaient au juste les effets juridiques de cette sorte de mariage?

1° Pour que la condition pût opérer, il fallait que, lors de son accomplissement, les choses fussent encore dans le même état que lors du contrat, *res integræ*. Elles ne l'auraient plus été si, dans l'intervalle, l'un des deux conjoints conditionnels avait purement et simplement contracté mariage avec une tierce personne[4]. Certains docteurs admettaient même que, *pendente conditione*, chacun des conjoints pouvait librement se rétracter[5]; mais cela n'était point logique, car il fallait au moins donner au mariage conditionnel la valeur des *sponsalia de futuro*[6]. Les canonistes disaient souvent, en s'attachant à cette dernière idée, que le mariage conditionnel équivalait à des *sponsalia per verba de futuro*[7]. Mais il ne fallait pas prendre à la lettre cette formule commode, mais non parfaitement

1. C. II, VI, *De elect.*, I, 6.

2. Hostiensis, *Summa*, *De matr.*, p. 361.

3. Glose sur c. v, X, *De cond. adp.*, IV, 5.

4. Glose sur c. v, X, *De cond. adp.*, IV, 5, v^is *Alieno arbitrio*. — Panormit., *ibid* : « Ego non dubito quin secundum matrimonium teneat contractum ante eventum conditionis. » Le même sur c. XI, X, *ibid.*

5. Glose sur c. v, X, IV, 5. — Covarruvias, *Op.*, I, p. 132, n° 6.

6. Panormit., sur c. v, X, IV, 5 : « Sed si non intercessit matrimonium dubito de decisione glosæ; quia ex quo obligavit se sub conditione, non potuit recedere ab illa obligatione: si supervenerit ergo eventus conditionis, primum matrimonium remanet purum, nisi aliud dicatur de matrimonio, sed non bene video rationem diversitatis. »

7. Panormit., sur c. v, X, IV, 5 : « Matrimonium conditionale habet vim sponsalium de futuro. »

exacte. En effet, après des *sponsalia de futuro*, il fallait un nouveau consentement des fiancés pour que le mariage se formât; dans le mariage conditionnel, lorsque la condition s'accomplissait utilement, le mariage existait immédiatement sans qu'il y eût besoin d'un nouveau consentement[1]. Covarrurias cependant soutenait que, même alors, ce nouveau consentement était nécessaire, mais il reconnaissait que l'opinion commune était en sens opposé[2].

2° La condition, s'étant utilement accomplie, avait-elle un effet rétroactif; le mariage était-il censé avoir existé dès le jour du contrat? Il semblerait qu'on ne dût pas l'admettre, étant donné le raisonnement par lequel on justifiait le mariage conditionnel : on disait, nous le savons, que le consentement lui-même était suspendu par la condition. Cependant, il semble que la rétroactivité ait été reconnue[3]. Cela résultait en particulier du raisonnement que l'on faisait sur une hypothèse déjà discutée par Innocent IV[4]. Il s'agissait de deux personnes qui ne pouvaient valablement se marier par suite de l'existence d'un empêchement : elles se mariaient cependant, sous la condition qu'elles obtiendraient du pape la dispense de cet empêchement. La dispense étant en effet obtenue, on se demandait si le mariage ainsi contracté était valide ou s'il devait en être contracté un nouveau. On décidait généralement dans ce

1. Panormit., sur c. III, X, *De cond. adp.*, IV, 5 : « Tamen est differentia utrum dicam « accipiam te si centum dederis ». Nam in primo casu, existente conditione, purificantur sponsalia, sed adhuc non est matrimonium : sed secundo casu (matrim. condit.) erit matrimonium, quia conditio, suspendit consensum de præsenti. »

2. *Opera*, I, p. 132, n° 5.

3. Panormit., sur c. XI, X, *De cond. adp.*, IV, 5, n° 8 : « Secundum matrimonium pure contractum præjudicat primo conditionali, unde conditio postea existens non reperit extremum ad quod possit retrahi. Item reperit matrimonium in medio et sic trahi non potest retro. » — Le *Registre de Cerisy*, qui contient, on l'a vu, plusieurs exemples de mariages conditionnels, emploie des termes qui semblent impliquer la rétroactivité, n° 65 *b* : « Ita quod si contingat de cetero ipsos invicem habitare solum cum sola in eadem domo aut alias in loco suspecto *ex nunc* se consentiunt invicem in virum et uxorem et *ex nunc* volunt. »

4. Sur ch. V, X, *De cond. adp.*, IV, 5

dernier sens, mais parce que, disait-on, la rétroactivité de la condition était inadmissible dans l'hypothèse : pour qu'une condition rétroagisse, il faut que l'acte, qu'elle suspendait, ait été possible et licite dès le jour de la convention[1].

3° Enfin, le mariage conditionnel pouvait très aisément se transformer en mariage pur et simple ; et cela de deux façons : soit par un *consensus de præsenti* donné postérieurement, sans la répétition de la condition, soit par la *copula carnalis* intervenant entre les contractants. Ce dernier résultat était bien naturel, puisque le mariage conditionnel avait au moins la valeur de *sponsalia de futuro*[2].

Pour terminer l'exposé de cette théorie, il faut voir si toutes les conditions pouvaient être opposées au mariage. Lorsqu'il s'agissait de conditions possibles et licites, elles opéraient comme je l'ai dit, et même c'est dans un esprit très large que le droit canonique déterminait ici le caractère licite des conditions. Ainsi, il déclarait licite la condition portant que l'un des époux donnerait à l'autre une somme d'argent[3] ; et cependant, le droit romain avait formellement défendu de stipuler une somme sous la condition d'un mariage[4]. De même, était licite la condition par laquelle les contractants subordonnaient leur mariage au consentement de telle personne déterminée, qu'il s'agît des parents ou d'un tiers[5] ; cela aurait pu faire difficulté cependant, car, en matière de condition, on appliquait

1. Panormit., sur c. v, X, IV, 5 : « Quæro de quæstione quotidiana. Duo inter quos, obstante impedimento canonico, non poterat esse matrimonium, contraxerunt sub conditione, si papa dispensaret; demum papa dispensavit : Numquid sit matrimonium sine alio consensu?... Ad hoc ut actus retro extendatur oportet quod potuerit intercedere a principio, sed matrimonium non poterat esse a principio, tempore contractus obstante impedimento, *ergo non potest retrotrahi*. Item ex pacto a jure improbato non potest nasci obligatio aliqua, sed in actu conditionali sola spes est in obligatione, et propter illam spem contractus retrotrahitur ; sed in casu nostro nulla nata fuit obligatio ratione prædicta. Ergo opus est ut matrimonium de novo contrahatur. »

2. C. v et vi, X, *De cond. adp* , IV, 5.

3. C. iii, X, *De cond. adp.*, IV, 5.

4. L. 97, § 2, *D*, *De verb. oblig.*, XLV, 1.

5. C. v, vi, X, *De cond. adp.*, IV, 5.

volontiers au mariage canonique les principes du droit romain sur les testaments ; or, d'après ceux-ci, le testament subordonné à la volonté d'un tiers était nul [1].

Si, au contraire, la condition était impossible, immorale ou illicite, en principe, elle était réputée non existante, et le mariage était formé comme pur et simple, dès le moment du contrat. On appliquait ici les principes du droit romain sur les conditions, non dans les actes entre-vifs, mais dans les testaments [2]. Le motif était que, comme le testament, le mariage était un acte favorisé par le droit. Cependant cette règle n'avait pas été adoptée comme absolue par le droit canonique ; elle cédait lorsque la condition était non seulement illicite ou immorale, mais encore contraire à l'essence même du mariage : celui-ci alors était nul [3].

Toute condition résolutoire était, par sa nature même, contraire à l'essence du mariage, puisque celui-ci était devenu essentiellement indissoluble. Elle rendait donc toujours nul le mariage auquel elle était apposée : telle était certainement la doctrine exacte, bien que certains canonistes voulussent restreindre aux conditions suspensives l'application de la règle que je viens d'examiner [4].

1. L. 32, pr., L, 70, D. *De hered. inst.*, XXVIII, 5. — Panormit, sur c. v, X, IV, 5 : « Ratio potest esse ; nam matrimonium est de jure divino, unde sufficit solus consensus qualitercumque habeatur, sed testamentum dependet ex gratia, quia confertur in illud tempus quo testator non est futurus dominus, scilicet post mortem ; unde satis est quod ipsi committitur libera facultas testandi. »

2. Hostiensis, *Summa*, *De cond. adp.*, p. 350 : « Speciale est in matrimonio ut contractus sub impossibili conditione teneat, et conditio pro non scripta habeatur... sicut in institutionibus et legatis. »

3. C. VII, X, IV, 5 : « Si conditiones contra substantiam conjugii inserentur puta si alter dicat alteri : Contraho tecum si generationem prolis evites, vel donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem, aut si pro quæstu adulterandam te tradas, matrimonialis contractus, quantumcumque sit favorabilis, caret effectu ; licet aliæ conditiones adpositæ in matrimonio, si turpes aut impossibiles fuerint, debeant propter favorem ejus pro non adjectis haberi. »

4. Panormit., sur c. VII, X, IV, 5 : « Quidam habens suspicionem de continentia futuræ mulieris contraxit secum sub conditione, quod si committeret adulterium liceret sibi recedere a matrimonio et aliam ducere. Certe non est

Une question célèbre était de savoir si la condition d'observer la continence était contraire à la substance du mariage. Ce qui en faisait douter, c'était l'union de la Vierge et de Joseph, que l'on tenait pour un mariage vrai et parfait. Mais la tendance puissante, qui poussait le droit canonique à envisager le mariage au point de vue naturaliste, l'emporta. On reconnut que cette condition était contraire à la substance de l'union conjugale. Sans doute, les époux, après avoir contracté purement et simplement, pouvaient ensuite, par un commun accord, faire vœu de continence, mais ils ne pouvaient s'imposer cette loi en contractant mariage [1]. On poussa si loin le scrupule à cet égard, qu'on se demandait si les mariages *in extremis* étaient valables, les contractants n'ayant point l'intention de les consommer. Ici, cependant, le doute n'était guère que pour la forme [2].

Disons, en terminant, que les canonistes tendaient à restreindre le plus possible la règle qui annulait le mariage, lorsqu'il était contracté sous une condition contraire à sa substance. Ils exigeaient, pour qu'elle opérât, que la condition eût été non seulement proposée par un des époux, mais

ibi matrimonium, et licet illa sit conditio resolutiva, tamen idem operatur quantum conditio suspensiva, ut clare colligitur hic (c. VII) in secundo exemplo, dum contraxit donec inveniret aliam honore vel facultatibus digniorem. Ex quo notabis quod conditio quæ est contra substantiam impedit matrimonium, nedum quando est conditio suspendens, sed etiam resolvens. Licet aliqui et male hoc non advertant, putantes quod ex quo semel matrimonium tenuit, conditio resolvens debet haberi pro non adjecta, quod est falsum ut hic vides. Item dico quod nunquam fuit matrimonium et sic proprie non potest dici resolvens. »

1. Panormit., sur c. XVI, X, *De spons.*, IV, 1, n° 2 : « Propositum non consummandi matrimonium non impedit vires matrimonii, dummodo propositum non deducatur in pactum expressum. Et ex hoc invenitur quod inter B. Virginem Mariam et Joseph fuit verum matrimonium, licet omnino Beata Virgo in copulam non consenserit. In hoc tamen sunt multæ opiniones. »

2. Panormit., sur c. XVI, X, *De spons.*, IV, 1 : « Facit etiam ad quæstionem quotidianam. Nam multi habentes filios ex concubinis, amore prolis legitimandæ inducuntur in articulo mortis, cum omnino desperant de salute et de morte sunt securi, ad contrahendum cum illis matrimonium. Nunquid inter istos sit verum matrimonium, cum non videatur consensus in copulam? Et certe per prædictum (voyez la note précédente) dicendum quod sic. »

encore acceptée expressément par l'autre; le silence de ce dernier ne suffisait pas pour faire conclure à une acceptation de sa part[1].

VI

L'Église, dès la plus haute antiquité, avait blâmé et prohibé les mariages clandestins. Elle recommandait aux fidèles de soumettre à l'autorité ecclésiastique leurs mariages projetés, de contracter publiquement mariage en observant les coutumes de chaque pays, et de faire bénir leur union par le prêtre. Mais, on l'a vu plus haut, malgré certaines tendances et même certaines tentatives dans ce sens, ni l'autorité ecclésiastique, ni l'autorité civile dans la monarchie franque, n'avaient subordonné la validité du mariage à l'observation de ces prescriptions[2]. Les constructeurs derniers de la théorie du mariage s'accordèrent aussi sur ce point : Gratien[3] et Pierre Lombard reconnaissent la validité des ma-

1. Innocent IV, sur c. VII, X, IV, 15 : « Nisi ambo consentiant, non impeditur matrimonium. Si unus dicat : Contraho tecum si generationem prolis evites, vel quousque pulchriorem aliam inveniam, sed alius contradicat, matrimonium est; sed si taceat, idem, quia præsumitur contradicere in favorem matrimonii. »

2. Voyez ci-dessus p 107.

3. Ci-dessus, p. 114, note 2. — Gratien, par une terminologie assez étrange, refuse seulement de reconnaître au mariage clandestin le caractère de *legitimum*; cela ne veut point dire qu'il le considère comme illégitime au sens ordinaire du mot, car il le déclare en même temps indissoluble; il faudrait plutôt traduire ici ce mot par « irrégulier ». *Dictum* sur c. XVII, C. XXVIII, qu. 1 : « Inter fideles vero ratum conjugium est, quia conjugia, semel inita inter eos, ulterius solvi non possunt. Horum quædam sunt legitima, veluti cum uxor a parentibus traditur, a sponso dotatur, et a sacerdote benedicitur. Hæc talia conjugia legitima et rata appellantur. Illorum vero conjugia, qui, contemptis omnibus illis solempnitatibus, solo affectu aliquam sibi in conjugem copulant, hujuscemodi conjugium non legitimum sed ratum tantummodo esse creditur. » Paucapalea, reproduit d'ailleurs exactement la terminologie du maître, *Summa*, éd. Schulte, p. 118 : « *Aliud ratum et non legitimum* [ex eodem dicto], veluti cum video aliquam per viam transeuntem, cognosco eam et ipsam mihi in uxorem socio, et ideo non est legitimum, quia non sunt ibi solemnitates quæ adesse deberent. »

riages clandestins, de ceux contractés sans aucune solennité et sans la bénédiction nuptiale[1]. C'est encore la doctrine du droit classique, et elle restera telle jusqu'au concile de Trente. Mais la théorie des mariages clandestins et des conséquences juridiques qu'ils entraînaient se précisa néanmoins; les précautions prises pour les proscrire furent renforcées.

Les canonistes classiques répètent la règle traditionnelle que le mariage doit être célébré publiquement, avec la bénédiction nuptiale et les solennités d'usage[2]. Au moyen âge, la coutume était généralement que les époux vinssent devant la porte de l'Église; là, ils étaient interrogés par le prêtre, qui leur demandait s'ils consentaient à se prendre pour mari et pour femme, puis recevaient la bénédiction[3]. C'était là ce qu'on entendait ordinairement par *contrahere in facie Ecclesiæ*. On chercha aussi à organiser une publicité préalable, pour faire apparaître les empêchements, s'il en existait. J'ai rappelé plus haut que la législation des Capitulaires ordonnait aux fiancés de venir déclarer leur projet au prêtre, et celui-ci devait faire une enquête avant de procéder à la célébration du mariage[4]. Ces prescriptions ne paraissent pas s'être main-

1. *Sent.*, IV, D. XXVIII, *B* : « Sine his ergo non quasi legitimi conjuges sed quasi adulteri vel fornicatores conveniunt, ut illi qui clanculo nubunt et utique fornicatores essent, nisi eis suffragaretur voluntas verbis expressa de præsenti, quæ legitimum inter eos facit matrimonium. Nam et consensus occultus de præsenti, per verba expressus, conjugium facit, licet non sit ibi honestus contractus. »

2. Hostiensis, *Summa, De matrim.*, p. 344 : « Qualiter contrahatur? Et quidem publice contrahi debet. » — P. 354 : « Sponsalia clandestina (dicuntur)... primo quia omittuntur solemnitates quædam quæ ibi requiruntur de honestate, scilicet quod benedictio detur in facie Ecclesiæ... publice nuptiis, id est conviviis vel testibus publice vocatis, contrahant. »

3. Hostiensis, *Summa, De matrim.*, p. 356 : « Non absurde dici potest quod si, sacerdote interrogante, publice ante valvas ecclesiæ, sic contractus fuerit et postea secuta solennitas consueta, pro matrimonio erit judicandum. » Il s'agit là d'une hypothèse où la réponse du *sponsus* à la question du prêtre n'a pas été parfaitement claire. — Panormit., sur c. XXVIII, X, *De spons.*, IV, 1 : « Nota quod sponsus et sponsa ante consummationem matrimonii benedicuntur ante valvas, id est fores ecclesiæ. Alicubi tamen benedicuntur ante altare, pallio super posito, de quo c. III, X, *De secund. nupt.*, IV, 21. Hæc sunt tamen de solemnitate et non de substantia matrimonii. »

4. Ci-dessus page 24.

tenues en vigueur comme législation générale; mais, sous l'influence des évêques, il s'établit, comme coutume particulière, un système équivalent. Les fiancés devaient faire publiquement annoncer par le prêtre leur promesse de mariage. Ces *denunciationes* ou *banni* étaient spécialement en usage dans l'Église gallicane, au commencement du XIIIe siècle [1]. Cela fut généralisé et érigé en loi pour l'Église entière par le quatrième concile de Latran, en 1215, sous Innocent III [2]. Mais cette pratique s'introduisit difficilement; la réglementation était incomplète, l'application était intermittente et incertaine.

La *Summa* d'Hostiensis contient un commentaire fort détaillé du décret du concile de Latran, qui montre bien quelles hésitations causait son interprétation. Ainsi, Hostiensis admettait que le nombre des bans n'était point rigoureusement déterminé et que c'était au prêtre à arbitrer ce point ; il pensait cependant qu'en principe il en fallait au moins deux, à cause du pluriel *banna*, employé dans le texte [3]. Il rapporte encore que, d'après la coutume, les publications n'étaient point exigées pour le mariage des grands seigneurs dont la condition et les relations étaient suffisamment connues [4]. On voit, dans le commentaire de Panormitamus, qu'au XVe siècle encore le système était loin d'être complètement coordonné : on se demandait s'il suffisait toujours de publier les bans dans une église,

1. C. XXVII, X, *De spons.*, IV, 1 (Innocent III, a. 1212). — Voyez aussi pour la ville de Pavie, c. VIII, *Comp. I, De test.*, II, 13; c. fin., X, *Qui matrim. acc.*, IV, 18.

2. Le décret du concile est contenu dans le c. III, X, *De cland. desp.*, IV, 3.

3. *Summa,* p. 354 : « Hoc innuunt decretales quæ dicunt banna proponenda in plurali loquendo; ergo saltem duo termini assignandi sunt. Dico tamen quod hoc arbitrarium, et sic aliquando tres terminos aliquando unum terminum assignabit. Sed quis arbitrabitur in hoc casu? Certe et parrochialis sacerdos cui hoc committitur, nisi forsan inhibitio superioris obstet vel statutum aliquod synodale. »

4. *Summa,* p. 354 : « Hoc scilicet quod banna proponantur non admittit hodie consuetudo in magnatum matrimoniis, sicut comitum, marchionum et consimilium, quod potest concedi, quod necesse non sit banna proponere quando vocat uxorem a remotis artibus et publice nuncios mittit. »

et ce qu'il fallait faire lorsque les fiancés appartenaient à des paroisses différentes. Panormitanus constatait aussi que le décret du concile ne contenait pas de dispositions en vue du cas, assez fréquent et plein de dangers, où un homme étranger venait dans un pays éloigné du sien pour y contracter mariage [1]. Enfin, on discutait sur le point de savoir si les publications étaient exigées non seulement pour les *sponsalia de præsenti*, mais aussi pour les *sponsalia de futuro*, qui devaient également être contractées *in facie Ecclesiæ* [2]. Dans tous les cas, il était certain que le mariage contracté sans publications précédentes, n'en était pas moins parfaitement valable.

Au XIVe siècle, dans le midi de la France, le sentiment public était manifestement contraire à cette réglementation des *banna*; cela résulte d'une enquête importante de l'année 1300 [3]. Le *Registre de l'officialité de Cerisy* montre au cours des XIVe et XVe siècle en Normandie, une application assez suivie du décret du concile de Latran, tout en constatant d'assez nombreuses contraventions [4].

Quelle sanction avaient les prescriptions de l'Église sur

1. Panorm., sur c. III, X, *De cland. desp.*, IV, 3 : « Si volentes contrahere et eorum antiqui contraxerunt moram in certa parrochia, tunc satis est in Ecclesia edicta proponi. Si vero in diversis parrochiis traxerunt moram, tunc in diversis debent proponi, vel in locis publicis, puta in prædicationibus ubi verisimiliter possint pervenire in notitiam eorum qui sunt de impedimentis informati. Unde refert hic abbas (*abbas antiquus*) quod quidam episcopi servant ut forensis non admittatur ad contrahendum matrimonium, nisi habeat litteras testimoniales sui prælati : et esset valde optimum hoc servare, et satis puto de mente hujus litteræ, cum respectu forensium non possit provideri per illa edicta. Nam contingit quod plebeii habentes uxores in partibus se conferunt ad partes remotas et ibi demum matrimonium contrahunt, sicut vidi in facto. »

2. Pour l'affirmative, voyez Hostiensis, *Summa*, p. 354; Panormit., sur c. III, X, IV, 3, n° 6.

3. *Notices et extraits des manuscrits de la Bibliothèque Nationale*, tome XX, Ire partie, p. 132, art. 16 : « Item prohibent sub pœna excommunicationis ne matrimonia aliqua fiant per verba de præsenti, nisi bannis præcedentibus et in facie Ecclesiæ : licet in presencia amicorum et de consensu eorumdem fiant, et contrarium facientes excommunicant, et absolucionis beneficio ultra gravem injungunt penitentiam, vel pecuniam voluntariam extorquent. »

4. Nos 294, 365 *d*, 393 *o*.

tous ces points, quelle était la peine des mariages clandestins? Le terme *mariage clandestin* s'employait dans plusieurs significations. Tantôt il désignait l'union qui n'avait été contractée en présence d'aucun témoin et ne pouvait être judiciairement prouvée, tantôt le mariage qui pouvait bien être prouvé, mais qui avait été contracté sans les solennités prescrites[1]. A cette double signification s'en ajouta une troisième; lorsque le concile de Latran eut exigé, comme loi générale, la publication des bans de mariage, on considéra encore comme mariage clandestin celui qui n'avait pas été précédé des *denunciationes*[2]. Je n'ai, pour l'instant, qu'à indiquer les peines qui frappaient les mariages clandestins de la seconde et de la troisième espèce; quant à ceux de la première, je m'en occuperai en traitant de la preuve du mariage.

Les peines qui frappaient les mariages clandestins, d'ailleurs valables, étaient de deux sortes.

1° Un semblable mariage était un péché, une contravention aux lois de l'Église; les contractants étaient punissables de peines canoniques s'ils passaient outre à la consommation du mariage[3]. Le concile de Latran avait édicté une pénalité spéciale contre ceux qui se mariaient sans publications préalables, contre le prêtre qui bénissait de semblables unions, contre ceux qui y prêtaient leur concours[4].

2°. Les mariages clandestins ne participaient jamais aux avantages des mariages putatifs. S'ils étaient nuls pour quel-

1. Gofredus, *Summa*, p. 175 : « Clandestina matrimonia dicuntur duobus modis. Uno modo cum occulte et sine præsentia testium contrahuntur, ita ut exinde legitima probatio non appareat; alio modo dicuntur clandestina cum sine solemnitatibus contrahuntur. » Cf. Bernard. Pap., p. 141.

2. Hostiensis, *Summa*, p. 354 r°.

3. Hostiensis, *Summa*, p. 356 : « Si sine benedictione solenni vel oblatione in Ecclesia more solito facta sponsus sponsam suam carnaliter cognoverit, uterque peccat, quia venit contra generalem consuetudinem Ecclesiæ, et contemptor consuetudinis ecclesiasticæ sicut prævaricator legis divinæ punitur, ut D. XI, *In his*. » — Panormit., sur c. 1, X, IV, 3: « Clandestinitas non vitiat matrimonium, solus ergo contrahentium consensus sufficit ad matrimonium, licet clam sit præstitus, quanquam peccent sic clandestine contrahentes. »

4. C. fin. X, *De cland. desp.*, IV, 3.

que cause ignorée des conjoints, quelle que fût la bonne foi de ceux-ci, les enfants issus de ces mariages n'en étaient pas moins illégitimes[1]. Mais ici quelques difficultés se présentaient.

Fallait-il, à ce point de vue, considérer comme clandestin le mariage qui avait été contracté, non *in facie Ecclesiæ*, mais en présence d'un grand nombre de chrétiens? Beaucoup en doutaient, car on ne pouvait alors supposer une mauvaise intention chez les époux, et cette réunion de fidèles, c'était comme l'Église elle-même[2]. A cet égard, fallait-il également considérer comme mariage clandestin celui qui avait été célébré *in facie Ecclesiæ*, mais sans publication de bans? L'affirmative, semble-t-il, ne pouvait faire doute, car le décret du concile de Latran, qui prescrivait la publication des bans, visait expressément cette déchéance[3]. Cependant, comme, dans ce passage, le concile, en parlant des mariages clandestins, n'avait pas dit s'il voulait désigner les mariages clandestins seulement au sens ancien, ou aussi au sens nouveau du mot, des docteurs éminents professaient l'opinion contraire, qui était favorable[4].

1. C. III, X, *De cland. desp.*, IV, 3; c. XIV, X, *Qui filii sunt leg.*, IV, 22.

2. Panormit., sur c. III, X, IV, 3, n° 9 : « Licet verbum Ecclesiæ sumatur multipliciter, tamen in proposito sumitur pro collectione fidelium (facit *De consecrat.*, D.I, c. *Ecclesia*) : contrahens ergo coram multitudine secundum patriæ consuetudinem non dicitur clandestine contrahere sed in facie Ecclesiæ, quod nota; et hoc habeo pro indubitato ubi non est consuetudo quod mittantur edicta. » — Covarruvias, *Opera*, I, p. 157.

3. C. fin., X, *De cland. desp.*, IV, 3 : « Si quis vero hujusmodi clandestina vel interdicta conjugia, inire præsumpserint in gradu prohibito etiam ignoranter, soboles de tali conjunctione suscepta, prorsus illegitima censeatur, de parentum ignorantia nullum habitura subsidium; cum illi taliter contrahendo non expertes scientiæ vel saltem adfectatores ignorantiæ videantur. » — Dans ce sens, la glose, v° *Tali*.

4. Panormit., sur c. III, X, IV, 3, n° 9 : « Sed ubi esset talis consuetudo (bannorum) dubito utrum habeat locum pœna hujus capituli, si quis contraxerit in facie Ecclesiæ non præmissis istis denunciationibus; et potius crederem quod non, licet ista glosa sentiat oppositum, quia pœna est apposita contra contrahentes clandestina, et non contra contrahentes edictis non præmissis, et non potest dici clandestine ex quo in facie Ecclesiæ, nemine prohibente, contraxit, maxime cum illud officium sit sacerdotis et non contrahentium. »

Il arrivait souvent que, lorsque le mariage était dûment solennisé en face de l'Église, en droit il existait déjà, les parties ayant préalablement échangé les paroles de présent, dont elles ne faisaient que renouveler l'expression devant le prêtre[1]. Par suite, on admettait qu'un mariage clandestin pouvait très aisément, et après coup, se transformer en un mariage pleinement régulier; il suffisait pour cela de le faire publier et solenniser dans les formes voulues, et, dès lors, il perdait son premier caractère[2]. Cette régularisation était toujours imposée par les juridictions ecclésiastiques, lorsque, reconnaissant l'existence d'un mariage, elles adjugeaient l'un à l'autre un homme et une femme comme époux, soit en vertu de paroles de présent échangées entre eux[3], soit en vertu de *sponsalia de futuro* suivies de la *copula*[4]. L'époux demandeur en reconnaissance de mariage prenait d'ailleurs expressément des conclusions à cette fin[5]. L'officialité métropolitaine de Reims

1. C. XXVIII, X, *De spons.*, IV, 1 : « Consultationi tuæ breviter respondemus quod mulieres, quæ veniunt ad valvas ecclesiæ benedicendæ cum sponsis, et ibi reclamantes *adfirmant se nunquam in eorum matrimonium consensisse*, audire (sponsis legitime probantibus contrarium) non oportet, cum legitimis et idoneis testibus non debeat illarum simplex adsertio prævalere. »

2. C. II, X, *De cland. desp.*, IV, 3.

3. *Registre de Cerisy*, n° 10 *a* : « Dictos Gaufridum et Lucassiam adjudicamus in maritum et uxorem, ipsum Gaufridum ad sollempnizandum matrimonium in facie Ecclesiæ cum dicta Lucassia temporibus ad hoc aptis, bannisque factis, ut moris est, dum tamen non sit impedimentum canonicum quod obsistat, sentencialiter condemnantes. » Cf. n^os^ 30 *b*, 46, 69, 90, 103, 108.

4. *Registre de Cerisy*, n° 397 : « Quia per confessionem ipsius ipsa Johanna est sua affidata et de post quod fuerunt affidati per manum sacerdotis confessus est ipsam cognovisse carnaliter, quare injunctum fuit sibi ut capiat dictam Johannam in uxorem infra sex septimanas proxime sequentes, et quod a ciat fieri banna seu preconizationes per tres dominicos continuos de matrimonio contrahendo inter ipsos, prout in talibus consuetum est fieri. » — Cf. n° 58.

5. *Liber practicus* de Reims, n° 270, p. 284. *Peticio bona in causa matrimoniali* : « Coram vobis, domine judex, proponit in jure Maria contra Johannem quod ipsi contraxerunt sponsalia per verba de futuro, et matrimonium per verba de præsenti, et quod carnalis copula inter eos exstitit subsecuta... Quare petit actrix reum sibi per vos adjudicari sentencialiter in maritum et ad hoc condemnari et compelli ut cum ipsa actrice matrimonium in facie Ecclesiæ solempnizet, solempnizari faciat et procuret, et, eo solempnizato, ipsam maritali affectu pertractet, prout decet. »

avait sur ce point une jurisprudence intéressante au commencement du XIVe siècle. Lorsqu'elle reconnaissait l'existence d'un mariage clandestin, et qu'elle constatait en même temps chez le conjoint demandeur une faute qui autoriserait l'autre conjoint à demander le *divortium quoad torum*, elle prononçait bien l'*adjudicatio in maritum et uxorem*, mais elle ne condamnait pas le défendeur à solenniser le mariage; c'était le dispenser, par là même, des devoirs conjugaux[1]. De cette manière, la pratique judiciaire cherchait à ramener à l'harmonie les deux systèmes sur la formation du mariage, que le droit canonique laissait fonctionner parallèlement.

Des diverses circonstances qui, normalement, accompagnaient la conclusion du mariage, et rentraient sous le terme générique de *solemnitates*, il en est une seule que j'aie examinée avec quelque attention, c'est la *celebratio in facie Ecclesiæ*. La plupart des autres, en effet, au point de vue qui nous occupe, ne présentaient pas d'importance juridique[2]. Une seconde cependant mérite un examen rapide, c'est la constitution de dot. Elle est toujours rappelée dans les textes anciens, qui distinguent les mariages clandestins des mariages régu-

1. *Liber practicus*, nº 149, p. 147 : « Quidam petebat quamdam sibi adjudicari in sponsam, nitens ex solis sponsalibus, et petebat eam compelli ut cum eo matrimonium contraheret et contractum solempnisaret; mulier excepit quod peccaverat in legem sponsalium, cognoscendo post sponsalia quamdam consanguineam illius mulieris... dicit scilicet quod cognovit consanguineam, quo casu sine dubio non est rea compellenda contrahere cum illo; immo etiam si cum extranea se immiscuisset post matrimonium verum vel præsumptum, non esset compellenda ad solempnisationem matrimonii, nisi eum postea sibi reconciliasset. Cave tamen quod nichilominus esset facienda adjudicatio, sive extraneam sive consanguineam diceretur carnaliter cognovisse. » — Nº 28, p. 52 : « Exceptio de fornicatione ante matrimonium perpetrata non habet locum contra agentem ad solempnizationem matrimonii faciendam; sed perpetrata post obstat. — Agebatur de matrimonio consummato, proponebatur in causa appellationis quod mulier pluries fornicata fuerat ante matrimonium et post. Exceptionem de fornicatione ante non admisi; sed, de fornicatione post, admisi, quantum ad impediendam sollempnisationem matrimonii, non quantum ad adjudicationem. »

2. Gofredus, *Summa*, p. 175 : « Sed nunquid requiruntur omnia illa solennia de quibus loquuntur illi canones? Respondeo non. Si enim omittantur modica vel levia, non nocet. »

liers[1]. Et en effet, en droit romain, la constitution de dot était l'un des signes par lesquels on distinguait traditionnellement les justes noces du concubinat. Un texte célèbre, inséré au décret de Gratien, paraît aller plus loin et faire dépendre de la constitution de dot la validité même du mariage[2]. Mais ce passage, donné par Gratien comme extrait d'un concile d'Arles, est en réalité emprunté à Benedictus Levita[3], et là, très probablement, il désignait non la dot romaine, mais la *dos* germanique fournie par le mari[4]. Il ne faisait que rappeler un principe des coutumes germaniques : la *dos* étant le prix d'achat du *mundium*, et l'acquisition du *mundium* étant nécessaire pour les justes noces, il était exact de dire qu'il n'y avait point de mariage sans *dos*. Plus tard, les juristes entendirent cela de la dot, au sens du droit romain, et quelques-uns soutinrent en conséquence qu'il fallait nécessairement une dot dans tout mariage, ne consistât-elle qu'en un denier[5]. Mais l'opinion contraire triompha ; ni *dos* ni *donatio propter nuptias* n'étaient nécessaires, bien qu'on conseillât de constituer l'une et l'autre.

1. C. I, III, IV, C. XXX, qu. 5 ; c. XXXI, C. XXVII, qu. 2.

2. C. VI, C. XXX, qu. 5 : « Nullum sine dote fiat conjugium ; juxta possibilitatem fiat dos ; nec sine publicis nuptiis quisquam nubere vel uxorem ducere præsumat. » — Cf. *Lex Wisigothorum*, c. IX (III, 1) : « Nuptiarum opus in hoc dignoscitur habere dignitatis nobile decus, si dotalium scripturarum hoc evidenter præcesserit munus. Nam ubi dos nec data est nec conscripta, quod testimonium esse poterit in hoc conjugio dignitatem futuram ? »

3. Bened. Levita, VII, 133. Voyez les références dans le *Corpus juris canonici* de Friedberg.

4. C'est dans le même esprit que la glose du décret fait remarquer plusieurs fois que, dans un passage où il est parlé de *dos*, il faut entendre par là la *donatio propter nuptias*. La *donatio propter nuptias* était, dans le droit romain, l'institution qui se rapprochait le plus de la *dos* germanique. Glose sur c. XXXI, C. XXVII, qu. 2, v° *Dotavit* : « Id est donationem, propter nuptias dedit, nam, secundum leges, mulier dat dotem et vir donationem. » — Glose sur c. III, C. XXX, qu. 5, v° *Dotem* : « Id est donationem propter nuptias. » — Cf. Paucapalea, *Summa*, éd. Schulte, p. 116 : « Cap. (XXXI, C. XXVII, qu. 2) : *Quidam desponsavit uxorem et dotavit*. Dotare patris est, sed hic dotavit, id est dotem accepit, vel donationem fecit. »

5. Glose, sur c. VI, C. XXX, qu. 5, v° *Dos* : « Ex hoc dicunt quidam quod semper aliquid dandum est in dotem ; et, si nimia paupertas cogat, dabis unum denarium ; quod non concedo et hoc est consilium. »

Hostiensis présente avec une grande netteté sur ce point la pure doctrine du droit romain classique[1], et Gofredus a également une exposition semblable[2].

1. *Summa*, p. 347 : « Quod si matrimonium sine dote contractum fuerit, videtur quod nullum sit (c. VI, C. XXX, qu. 5; c. IV, C. III, qu. 4; c. I, C. XXX, qu. 1). Dic quod illa capitula et similia jura intelligenda sunt in matrimonio occulto, quod probari non potest. Unde, cum nec de matrimonio, nec de nuptiali benedictione, nec de dote, nec de aliis solennitatibus, appareat per quas, si de ipsis constaret, pro matrimonio præsumeretur, in obscuro pro non matrimonio habetur : requiritur ergo dos ut facilius probetur matrimonium, non quoad substantiam matrimonii. »

2. Gofredus, *Summa*, p. 175 : « Sed quid si dos non interveniat, nihilominus matrimonium tenet. Sed contra, C. III, qu. 4, *Consanguineorum*. Ad quod respondeo ille canon loquitur in matrimonio occulto quod probari non potest. Unde, cum de dote non appareat, nec de benedictione nuptiali, nec de aliis solennitatibus, in obscuro pro non matrimonio habetur, et propterea alius canon dicit : Nullum sine dote fiat conjugium. Verumtamen matrimonium tenet, quia matrimonium sine dote, dos autem sine matrimonio non consistit. »

CHAPITRE III

La preuve du mariage.

I. Le *matrimonium manifestum* et le *matrimonium clandestinum*. — II. La preuve écrite. — III. La preuve testimoniale. — IV. La possession d'état; la *nominatio*, les *tractatus*, la *fama*. — V. La preuve de la *copula carnalis* consécutive aux fiançailles.

Si le droit canonique avait rendu extrêmement facile la formation du mariage, il était plus exigeant quand il s'agissait d'en prouver judiciairement l'existence. Il y a là un phénomène dont l'histoire du droit présente de nombreux exemples : les législations qui rendent très aisées la conclusion des contrats en font instinctivement la preuve difficile, par un contre-poids naturel. Toutefois, si le droit canonique a obéi à cette logique, la faveur du mariage l'a encore emporté ici; malgré quelques restrictions remarquables, il a laissé la preuve largement ouverte aux parties.

I

Il semble d'abord que la question de preuve ne puisse se présenter que s'il n'y a pas aveu des prétendus époux. Dans une législation, qui admettait que le mariage peut valablement se contracter *solo consensu*, sans formes ni publicité, lorsque un homme et une femme reconnaissaient s'être pris pour époux, que fallait-il de plus pour reconnaître l'existence d'un

mariage? On n'avait point été jusque-là : on avait reculé devant cette conséquence extrême, à raison des dangers qu'elle présentait. Après avoir contracté en secret et sans témoins une première union, une personne pouvait contracter publiquement un second mariage : il aurait dépendu d'elle et de son premier conjoint, en reconnaissant le premier mariage, de faire tomber le second, alors que le second conjoint n'avait aucun moyen de se prémunir contre ce danger. Par suite, le mariage contracté sans témoins, et impossible à prouver, présentait juridiquement une double faiblesse. Chacun des conjoints pouvait se dégager de ce lien en le niant [1], et, d'autre part, les deux époux avaient beau confesser leur union, elle était non avenue si l'un d'eux avait contracté avec une tierce personne et que celle-ci fut à même de prouver son mariage. C'est ce qu'enseigne déjà Gratien avec une grande netteté [2]; et cela resta le droit incontesté. Une distinction pourtant fut proposée. On proposait de donner force probante à l'aveu d'un précédent mariage fait par l'un des conjoints, lorsque cet aveu était contraire aux désirs mêmes de cet époux, qui voulait demeurer dans les liens de la seconde union; l'aveu, au contraire, serait sans force lorsque l'époux, de qui il émanait, désirait revenir à son premier conjoint. Bernard de Pavie, qui rapporte cette distinction, la condamne en même temps [3], et elle resta con-

1. Pierre Lombard, *Sent.*, IV, D, XXVIII, *B* : « Nam consensus occultus de præsenti per verba expressus conjugium facit... Sed matrimonium non sanxit consensus, qui in occulto fuit... Si enim alter alterum dimiserit, non cogitur judicio Ecclesiæ redire et commanere tanquam cum conjuge, quia non potest probari testibus contractus qui in occulto est factus. »

2. *Dicta* sur c. IX et XI, C. XXX, qu. 5 : « Conjugia quæ clam contrahuntur non negantur esse conjugia, nec jubentur dissolvi, si utriusque confessione probari poterunt; veruntatem prohibentur, quia mutata voluntate alterius eorum, alterius confessione fides judici fieri non potest. Unde publice cum alterius vota in alteram partem se transtulerunt, pro priori conjugio, quod judici incertum est, sententia ferri non potest... Ex his manifeste colligitur quod pro incertis a certis recedendum non est nec in re dubia certa danda est sententia. »

3. *Summa*, p. 142 : « Sed et si contingat pro clandestina desponsatione quod ambo confiteantur desponsationem prius inter eos intervenisse, non tamen propter hoc est a manifesta recedendum... licet quidam non insubtiliter

damnée; il va même plus loin et fait prévaloir le second mariage, dûment prouvé, sur le premier, totalement dénué de preuves, alors que le tiers intéressé (le second époux) reconnaîtrait l'existence de celui-ci; la crainte des fraudes explique cette décision [1]. Cette règle se résuma dans la maxime : *Clandestinum matrimonium manifesto non præjudicat.* Son application pouvait d'ailleurs avoir un résultat des plus fâcheux. Le mariage clandestin, qui était ainsi méconnu faute de preuves, n'en était pas moins valable en lui-même; celui qui, après l'avoir contracté, se mariait à une autre personne, se trouvait judiciairement condamné à demeurer dans un adultère perpétuel [2].

Laissant de côté l'aveu des époux, voyons comment le mariage pouvait être prouvé.

II

A qui incombait le fardeau de la preuve? Il semble que cette première question ne dût pas se poser, car le droit canonique, comme le droit romain, suit la règle : *Actori incumbit probatio.* Elle était néanmoins agitée à raison d'un texte embarrassant. Ce texte, attribué à un concile d'Arles [3], est ainsi reproduit aux

dicant distinguendum an confitentur pro se aut contra se, et ubi pro se, scilicet quia vult redire ad Petrum, non ei credatur, ubi vero contra se confitetur, sit ei credendum... Sed hæc distinctio tunc locum habet, cum alicujus confessio præjudicat ei soli : cæterum hic confessio mulieris non ei soli præjudicaret sed secundo viro et matrimonio manifesto, et ideo non est standum tali confessioni. »

1. P. 143 : « Illud etiam notandum quod vir secundus est ad hanc causam vocandus, cum sua intersit et possit, si voluerit, appellare. Sed et tunc, si omnes tres idem confiteantur, scilicet quod prius nupsit Petro, non tamen puto propter hoc a manifesto conjugio recedendum, cum et hoc in fraudem facere possent. »

2. *Dictum* sur c. XI, C. XXX, qu. 5 : « Judicis sententia uterque absolutus reatum adulterii uterque incurrit dum, utroque eorum vivente, aliis se copulaverint. »

3. Friedberg, *Corpus juris can.*, note 2.

décrétales de Grégoire IX : *Si quis clam desponsaverit aliquam, et mulier vel vir negat hujusmodi desponsationem, viro incumbit probatio* [1]. Cette décision paraissait, quel que fût le demandeur en mariage, imposer toujours à l'homme le fardeau de la preuve. Mais les docteurs en niaient la portée. Les uns, employant une interprétation subtile et forcée que nous retrouverons ailleurs, disaient que *vir* désignait ici, non pas l'homme à l'opposé de la femme, mais celle des deux parties qui, prenant le rôle viril de demandeur, voulait faire établir l'existence du mariage [2]. Selon d'autres, le texte voulait simplement dire que si les preuves étaient égales des deux côtés, le serment décisoire devait être toujours déféré à l'homme [3]. Enfin, un troisième parti déclarait qu'il s'agissait d'une hypothèse spéciale, celle où il y avait des *sponsalia de futuro* reconnues entre les parties, mais où la *copula subsequens* était affirmée par l'une et niée par l'autre [4], hypothèse sur laquelle je reviendrai dans un instant.

Cette première difficulté étant écartée, il restait à déterminer par quels moyens de preuve l'existence du mariage pouvait être établie ? Il fallait une *preuve complète*, mais celle-ci pouvait être obtenue par divers modes.

Le type de la preuve complète, celle que l'on citait toujours au premier rang, c'était la déposition de deux témoins concordants, ayant assisté à l'échange des consentements [5]. Ce

1. C. 1, X, *De cland. desp.*, IV, 3.

2. Hostiensis, *Summa*, p. 355 : « Nam si vir negat matrimonium contractum et mulier asserat, hic muliebris sexus convertitur in virilem, et e contra; et sic dicitur mulier vir a virtute animi et vir mulier a mollitie cordis. »

3. Bernard. Pap., p. 142 : « Vel dicas quod concurrentibus hinc inde præsumptionibus, si juramentum fuerit deferendum, potius viro quam mulieri deferatur, sive pro matrimonio faciat, sive contra; nec mirum cum vir sit dignior muliere, et dignioribus ac honestioribus magis in judicio credatur. »

4. Panormit., sur c. 1, X, *De cland. desp.*, IV, 3 : « Nota quod licet credatur masculo super copula contra mulierem negantem, juxta quæ habentur in c. VI, X, IV, 2; tamen secus est circa essentiam matrimonii. Et hæc lectura ultima communiter tenetur per doctores; ex quo enim littera sic potest intelligi, licet cum aliquali improprietate, non debemus violare regulas juris, quibus communiter cavetur quod asserenti incumbit onus probandi. »

5. Panormit., sur c. XXVIII, X, *De spons.*, IV, 1, n° 3 : « Valet ergo matrimo-

n'est pas que le mariage ne pût être prouvé par écrit ; cela était, au contraire, parfaitement correct, pourvu que l'écrit constatant les paroles de présent fût authentique [1]. C'était même une excellente précaution que de se marier devant notaire [2] ; mais elle était peu usitée anciennement, ainsi que cela résulte de l'*Ars notariatus* de Rolandinus, composé en 1255. Le traité du notariat, dit *Aurora*, sur lequel Rolandinus a adapté son *Apparatus*, contient un modèle pour les *sponsalia de futuro*, mais non point pour les *sponsalia de præsenti*, et Rolandinus explique cela par ce fait que ce dernier acte est rarement dressé dans le ville de Bologne [3]. On n'admettait

nium quod probari potest coram duobus duntaxat contractum ; nam littera hæc simpliciter admittit testes idoneos; ergo duo sufficiunt : c. III, C. IV, qu. 3, Ubi numerus, et in regula : Pluralis locutio, in Sexto. »

1. Bern. Pap., p. 141 : « Verum si alter negaverit, cum illa quæ asserit nec testes habeat, *nec instrumentum*, et ita probare non possit, reus proculdubio absolvetur. »

2. C. III, X, *De spons. duor.*, IV, 4 ; ci-dessus, p. 127, note 4.

3. *Summa totius artis notariatus Rolandini Rodulphi Bononiensis*, Venetiis, 1583. Pars I, c. II, p. 73 : « Demum sciendum est quod in textu Summæ bene et convenienter in hac parte posita fuisset forma instrumenti matrimonii per verba de præsenti contracti. Sed author Summæ consideravit quod raro super hoc in civitate Bononiensi conficitur instrumentum et ideo ibi talem formam ponere non curavit. Et forte putavit quod sufficerent instrumenta posita in principio hujus capituli ad matrimonium probandum, si aliquando probari expediret. Cum enim ibi dicatur : talis fuit confessus habuisse *C.* a Berta in dotem pro matrimonio contracto inter ipsum et dictam Bertam, credit tale instrumentum sufficere et ad dotis et ad matrimonii probationem. Et non est dubium quod possent prædicta duo in eodem instrumento optime conjungi et dictari, licet tunc clarius etiam possit exprimi consensus qui requiritur ad matrimonium contrahendum, quam in prædictis instrumentis exprimetur. Possent etiam si quis vellet de quolibet per se, scilicet de dote per se et de matrimonio per se, instrumenta formari. » Petrus de Boatteriis, qui composa un commentaire sur la *Summa artis notariæ*, donne un modèle pour l'acte de mariage. Voyez son traité, à la suite de *Summa* de Rolandinus, édit. Venise, 1583, tome II, p. 27 : « Antonius, volens contrahere matrimonium cum domina Berta, consensit in ipsam tanquam uxorem legitimam per verba de præsenti, dicendo expresse more solito : placet mihi et consentio in uxorem legitimam vos habere, et ipsa versa vice volens contrahere matrimonium cum eodem Antonio, in ipsum tanquam verum et legitimum virum consensit, dicendo : accipio vos in meum virum et legitimum marituum. Post quæ verba dictus Anton us posuit annulum in digito dextræ manus, ut moris est, in signum matrimonii contracti inter eos. »

pas, en général, que l'acte authentique contenant la constitution de dot ou la *donatio propter nuptias*, fît preuve du mariage et une décrétale semblait formelle dans ce sens[1]. Cela venait de ce que, dans un tel acte, le mariage était visé non principalement, mais accessoirement, et de ce que ces *instrumenta* étaient, d'ordinaire, rédigés avant la célébration du mariage[2]. Cependant certains docteurs professaient l'opinion contraire[3].

Il ne paraît pas qu'il ait été anciennement d'usage de tenir dans les Églises des registres sur lesquels on constatât les mariages, bien qu'on tînt registre des baptêmes[4]. En eût-il existé, il est fort douteux que les canonistes leur aient reconnu le pouvoir de prouver le mariage. Ils ont, en effet, visé plus d'une fois ces *libri ecclesiarum*, et semblent bien ne leur avoir attribué force probante que lorsqu'ils étaient anciens et avaient été recueillis dans des archives destinées à conserver des écritures publiques, ou bien, indépendamment de cela, lorsqu'il s'agissait de causes où aucun préjudice grave n'était à craindre[5]. C'est ainsi que Panormitanus admet que le baptême peut être

1. C. XI, X, *De præsumpt.*, II, 23 : « Vir eam vindicans in uxorem publicum instrumentum ostendit in quo sese conjuges nominant, et per quod ipsum ei donationem propter nuptias fecisse adparet. » Le texte déclare un tel acte insuffisant pour prouver le mariage.

2. Panormit., sur c. XI, X, *De præsumpt.*, II, 23, n° 7 : « Quod de jure non probet cum principaliter agitur de matrimonio .. ibi enim solum probatur matrimonium quoad donationem propter nuptias, et sic respectu ejus quod principaliter continetur in instrumento. » Gonzalez Tellez, sur ce c. XI.

3. Innocent IV, sur c. XI, X, *De præsumpt.*, II, 23 : « Licet fama plurimum adjuvet, tamen per eam non adjudicarunt matrimonium, sed per instrumentum quo continebatur donatio propter nuptias et quo se conjuges nominabant; donatio enim propter nuptias non habet locum nisi ubi est matrimonium... Et tamen dicunt quidam, et non male, quod licet produceretur instrumentum donationis propter nuptias, vel etiam dotis, propter hoc non probaretur matrimonium, si alii matrimonio primo contracto fieret præjudicium; in matrimonium enim necesse est intervenire verba, si loqui possunt contrahentes. » Voyez le passage de Rolandinus cité plus haut, p. 193, note 3.

4. Voyez cependant ce passage de la *Summa Hostiensis* (*De secundis nuptiis*, p. 399), où il est dit à propos de la bénédiction nuptiale : « Pro hac autem benedictione nihil exigi debet obtentu etiam alicujus consuetudinis, *nec pro charta*. »

5. Innocent IV, sur c. I, X, *De procur.*, I, 29. — Panormit., sur c. XIII, X, *De probat*, II, 18, n° 1.

prouvé par les mentions de ces registres, mais il n'aurait point admis la même chose pour le mariage, d'après les principes qu'il expose[1]. Ce n'étaient point des titres authentiques; on les assimilait volontiers aux inscriptions lapidaires.

La preuve du mariage pouvait-elle résulter d'une *scriptura privata*? Les canonistes, à ma connaissance, n'en parlent pas; mais cela paraît certain, si le titre portait les noms de trois témoins devant lesquels il avait été dressé, et qui venaient le reconnaître. D'après les principes généraux sur la preuve, il faisait alors pleine foi; mais il perdait sa force par la mort des témoins. On ne retombait point ainsi simplement dans la preuve testimoniale, car il suffisait que les témoins eussent vu rédiger l'acte, sans avoir assisté à l'opération juridique qu'il relatait[2]. Hors ce cas, la *scriptura privata* ne faisait preuve que si elle avait été reconnue, et alors elle prouvait bien contre la partie qui la reconnaissait, mais non contre les tiers[3].

III

Pour toutes ces raisons, la preuve écrite du mariage se rencontrait rarement; la preuve testimoniale était la règle. Deux témoins étaient nécessaires, je l'ai dit; et ils devaient présenter les qualités requises par les principes généraux sur la

1. Sur c. XIII, X, *De probat.*, II, 18 : « Dic ergo quod aut agitur de nullo præjudicio, et tunc scripturæ librorum non authenticorum vel scripturæ lapidum faciunt fidem, quia tunc sufficiunt probationes non plenæ... pone exemplum si dubitatur an ecclesia fuerit consecrata, *vel infans baptizatus* vel quid simile. Idem puto si factum est antiquissimum et agitur de modico præjudicio... Quandoque agitur de magno præjudicio, et tunc aut talis est liber vel scriptura cui ab antiquis nostris communiter creditum est, vel reperitur in loco ubi solum preservantur scripturæ antiquæ et tales faciunt plenam fidem... aut est talis liber vel scriptura cui communiter a majoribus nostris creditum non est nec reperitur in loco ubi solum servantur scripturæ authenticæ et talis liber vel scriptura facit adminiculum seu præsumptionem, non autem plenam probationem. »

2. Panormit., sur c. II, X, *De fide instr.*, II, 22.

3. Durantis, *Speculum.*, l. II, part. 2, *De instrum. editione*, p. 280 et suiv.; — Panormit., sur c. I et II, X, *De fide instr.*, II, 22.

preuve testimoniale. Par exception ici, les parents des parties étaient admis en témoignage aussi bien que les étrangers. En fait, ils représentaient les témoins naturels du mariage, et le droit canonique avait dû nécessairement tenir compte de ce fait[1]. Certains docteurs, il est vrai, voulaient seulement entendre cela du cas où il s'agissait de déposer sur l'empêchement résultant de la parenté, les parents étant alors les personnes les mieux instruites[2]; mais l'opinion contraire prévalait[3]. Rigoureusement, il fallait que les témoins eussent vu contracter le mariage, c'est-à-dire qu'ils eussent entendu les époux échanger les *verba de præsenti*[4]. Cela était une exigence quelquefois difficile à satisfaire ; aussi l'on s'en relâchait quelque peu ; il suffisait que les témoins eussent assisté aux *solemnitates* habituelles, spécialement à la *celebratio in facie Ecclesiæ*[5]. Hostiensis fait remarquer à ce propos, que, souvent, les jeunes épousées, par pudeur et par timidité, parlent si bas qu'on ne saurait les entendre.

On se demandait même si cette preuve ne pouvait pas être remplacée par une autre, celle, en particulier, de la remise de l'anneau nuptial. Tous les canonistes anciens insistent sur ce point. Très certainement, il régnait en ce sens une croyance populaire, qu'on retrouve encore vivante de nos jours, chez bien des femmes du peuple : celle qui porte au doigt la bague nuptiale doit être considérée comme une femme mariée. La

1. C. III, X, *Qui matrim. acc.*, IV, 18.

2. Glose sur c. III, X, IV, 18; Hostiensis, *Summa*, p. 386.

3. Panormit., sur c. III, X, IV, 18, n° 6 : « Videtur firmare glosa ut iste textus admittat parentes ad testimonium, quando agitur de consanguinitate probanda, secus si ageretur an matrimonium sit contractum. Sed certe iste textus potest intelligi utroque casu. Patet ex eo quia admittuntur parentes, quia solent intervenire in contractu; ergo admittuntur ad deponendum super contractu. »

4. Panormit., sur c. VII, X, IV, 14.

5. Hostiensis, *Summa*, p. 345 : « Dicas quod sufficit probare quod eam in ecclesia publice desponsaverit et subornaverit; vel quod causa matrimonii fuerint benedicti et postea duxerit in domum suam et tenuerit se et habuerit ut uxorem, quamvis non probentur verba : multotiens enim pro nimio tumultu audiri non possunt, multotiens enim, puella cultu verecundiæ ducta, suam non exprimit voluntatem. »

question d'ailleurs était souvent mal posée. Pour en écarter toute confusion, il fallait la décomposer en deux questions distinctes : 1° Le port seul de l'anneau chez une femme pouvait-il prouver qu'elle était mariée à l'homme avec lequel elle vivait? 2° S'il était établi par des témoins qu'un homme avait remis l'anneau à une femme, la preuve du mariage en résultait-elle?

Sur la première question, les docteurs tenaient que le port de l'anneau n'avait la valeur d'une présomption en faveur du mariage, que dans les lieux où il était établi que, seules, les femmes mariées portaient et pouvaient porter des anneaux : alors le mariage était présumé exister jusqu'à preuve contraire[1].

Sur le second point, il y avait beaucoup d'opinions. En effet, la remise de l'anneau pouvait aussi bien révéler les *sponsalia de futuro* que les *sponsalia de præsenti*. Aussi, bien des docteurs admettaient qu'elle ne faisait présumer le mariage que lorsque l'anneau avait été présenté par le prêtre et remis par l'époux. La plupart tenaient qu'il fallait se rapporter aux usages du pays[2]. Suivant que, d'après la coutume, l'anneau

1. Panormit., sur c. xi, X, *De præsump.*, II, 23, n° 13 : « Aut solæ mulieres conjugatæ deferunt annulos, itaque aliis non permittitur; et tunc si mulier cohabitans viro portat annulum, tunc satis in dubio præsumitur matrimonium, quia aut vir imposuit sibi, aut mulier assumpit ex se, viro vidente et non contradicente, et præsumitur quod voluerunt contrahere matrimonium, sicut dicimus in novitia quæ ingerit se actibus professarum. Aut non probatur quod solæ conjugatæ deferunt, et facit tale quale indicium, sed non probabitur matrimonium, quia communiter delatio annuli æquivocatur ad plura; nam quandoque designat matrimonium, quandoque est signum venditionis panis, ut hic, quandoque est signum dignitatis aut etiam levitatis, quandoque designat investituram, quandoque est signum libertatis. »

2. Glose sur c. vii, C. XXX, qu. 5. v° *Annulus* : « Dicit H(ugutio) quod per traditionem annuli a sponso vel donationem arrharum præsumitur pro matrimonio, et hoc etiam videtur per orationes Gregorii quæ dicuntur in benedictionibus, ubi dicit : Benedic, Domine, has arrhas. Alii dicunt sponsalia tantum præsumi, nisi detur annulus a sacerdote, vel nisi sit de consuetudine loci quod annulus detur in matrimonio. » — Glose sur c. fin. X, *De spons.*, IV, 1. — Panormit., sur c. xi, X, II, 23 : « In aliquibus partibus datur tempore sponsaliorum et tunc in dubio significabit sponsalia; in aliis datur tempore matrimonii et tunc significabit matrimonium. »

était donné lors des fiançailles ou lors du mariage, il faisait présumer les *sponsalia de futuro* ou les *sponsalia de præsenti*. Si l'usage était mal fixé ou n'était point prouvé, la question devenait embarrassante. D'après Panormitanus, lorsque, dans un pays, l'anneau se donne tantôt lors des fiançailles et tantôt lors du mariage, sa remise ne fait présomption ni dans un sens ni dans un autre. Si l'on n'établit point qu'il y ait aucun usage à cet égard, il distingue ainsi : ou l'homme a simplement remis l'anneau à la femme, et alors rien n'est prouvé, ou il le lui a passé au doigt, et, alors, il y a présomption en faveur du mariage. Dans tous les cas, contre la présomption, il semble admettre la preuve contraire [1].

IV

Le mariage pouvait-il être prouvé par la possession d'état ? L'affirmative n'est pas douteuse, si l'on entend la possession d'état comme le fait notre droit moderne. Celui-ci la voit en effet dans la réunion des trois éléments : *nomen*, *tractatus*, *fama*, qu'il a d'ailleurs empruntés à la théorie des canonistes. *Jure canonico*, ces trois éléments réunis fournissaient certainement la preuve complète du mariage [2]. Mais les canonistes allaient plus loin ; ils décomposaient cet ensemble de faits, et examinant isolément chacun des termes qui constituent au-

1. Sur c. xi, X, II, 23 : « Aut non apparet de consuetudine et hoc dupliciter. Quandoque enim non apparet de consuetudine, quod vario more observatum est in loco, et tunc precise non probat matrimonium vel sponsalia, quia probatio est dubia. Quandoque nil probatur de consuetudine, et tunc aut annulus fuit simpliciter datus mulieri et præsumitur donatio ; aut vir posuit mulieri in digito et præsumitur matrimonium : hæc enim videtur præsumptio juris ut in *c.* Feminæ, ubi dicitur quod annulus ponitur in digito mulieris ad designandum quod eorum corda junguntur; quod non fit per sponsalia. Nam conjunctio cordium designat consensum de præsenti, et in hoc casu intellige glos. in c. Tenor, X, *De repudiis*. Hæc vera, nisi aliæ conjecturæ sint in oppositum. Nam juris præsumptio faciliter tollitur per conjecturas. »

2. C. xi, X, *De præs.*, II, 23; Bernardus Papiensis, p. 141 : « Si alter negaverit, cum illa quæ asserit nec testes habeat nec instrumentum, et ita pro-

jourd'hui la possession d'état, ils se demandaient si, à lui seul, ou joint à certaines circonstances, il ne pouvait pas fournir la preuve du mariage.

Pour ce qui est cependant du fait seul qu'un homme et une femme prenaient le titre d'époux, la *nominatio*, ils n'y attachaient pas une grande importance, reconnaissant que, très souvent, de simples concubins se donnaient habituellement le nom d'époux[1], afin de relever leur condition sociale. Mais la cohabitation et les *tractatus* avaient, aux yeux des canonistes, une très grande importance. Pour beaucoup, la cohabitation prolongée pendant longtemps, d'un homme et d'une femme qui, en fait, se traitaient comme époux, fournissait une preuve suffisante du mariage; cependant, c'était là une doctrine peu précise, surtout quant à la durée que devait avoir la cohabitation ainsi qualifiée[2]. Certains admettaient bien que la *cohabitatio*.

bare non possit, reus absque dubio absolvetur, nisi forte adeo sit pro matrimonio publica fama ut sufficiat pro probatione, puta quia vir mulierem publice in domo sua tenebat, uxorem vocabat et ipsa eum maritum, et sic agebat, sic contrahebat, sic incedebat per omnia ut conjugata, quo in casu est pro matrimonio judicandum, ut arg. l. 3, D. *ad senat. Macedon.* »

1. Panormit., sur c. XI, X, *De præs.*, II, 23 : « Ego dico sic : quia aut quæritur numquid sola nominatio, seu quod nominabant se conjuges, probet matrimonium et dico quod non, sive nominatio facta sit in instrumento, ut hic, sive facta sit ore proprio, quia sæpe fornicatores sive adulteri ad palliandum delictum appellant se conjuges. »

2. Panormit., sur c. XXVIII, X, *De spons.*, IV, 1, n° 5 : « Sed quæro... quid si maritus non potest probare matrimonium per testes : dicit Hostiensis quod non præsumitur matrimonium etiam probata cohabitatione, sed potius stuprum, nisi longo tempore, puta per 40 annos, tenuisset eam in lecto et mensa ut uxorem... Nota hoc dictum quod per possessionem saltem longissimam probatur proprietas matrimonii; secus est realiter in profanis, nisi probaretur præscriptio. » — Le même sur c. XI, X, *De præs.*, II, 23 : « Quid si petit quis aliquam in uxorem et nihil probatur de fama, sed solum per duos vel tres testes probatur quod vir cum muliere jacuit et stetit volens vel intendens quærere et conservare possessionem juris vel vinculi matrimonialis et mulier hoc idem sciebat et intendebat quod vir. Innocentius dicit quod inter tales judicabitur matrimonium, et, si spoliatio intervenerit, est restitutio facienda. Et quanquam Innocentius hoc dixerit sub dubio, forte, Hostiensis tamen omnino putat hoc sufficere quoad probationem veritatis matrimonii, dummodo habeant intentionem ipsam et expresserint coram testibus, alias non prodesset voluntas mente retenta, nec testes possent super ea deponere, quia non possunt divinare. »

et les *tractatus* pouvaient prouver le mariage, sans qu'il fût nécessaire d'établir leur longue persistance ; mais il fallait alors que l'homme et la femme eussent manifesté nettement l'intention d'affirmer ainsi leurs droits conjugaux [1].

C'était surtout pour la *fama*, la commune renommée, qu'on se demandait si elle avait une force probante particulière. Certains voulaient que la *fama*, jointe à la déposition d'un seul témoin, suffît à prouver le mariage [2], mais il semble bien qu'on exigeait alors que le témoin unique fût au-dessus de tout soupçon [3], et, même en ce cas, on hésitait à faire prévaloir un mariage ainsi établi contre un autre mariage postérieur, mais pleinement prouvé par deux témoins [4]. Si, cependant, à la *fama* se joignaient des *tractatus* directement pouvés, la preuve complète du mariage était acquise [5] ; c'est dans ce sens qu'Innocent IV écrivait : *Nulla æque probatio est ita bona in his sicut fama viciniæ*. Lorsque les *tractatus* n'étaient établis que par la *fama* elle-même, celle-ci ne faisait preuve que si elle était soutenue par d'autres adminicules [6].

1. Voyez le second texte cité à la note précédente.

2. Panormit., sur c. x, X, *De prob.*, II, 19.

3. *Liber practicus* de Reims, n° 260, p. 205 : « Utrum fama cum uno teste suspecto sufficiat in probationem matrimonii... In causa Berte de Tirelio contra Baudetum, in qua agebatur de matrimonio consummato, licet Berta probasset famam, quia tamen fidei dacionem solum per unum testem multipliciter suspectum probavit, delato reo juramento, ipsum absolvi. »

4. *Capella Tolosana*, qu. 173 : « Item fuit quæsitum an unus testis cum fama probet matrimonium factum et contractum. Conclusum fuit quod sic, dummodo non fiat præjudicium alteri matrimonio. Ita tenet Innocentus in c. Præterea, *De testibus*, et c. Illud, *De præsumptionibus*. Secus si constaret de matrimonio manifesto, cum matrimonium manifestum præjudicet clandestino etiam si ambo confiteantur et habeant pro se unum testem et famam. »

5. Panormit., sur c. xi, X, *De præs.*, II, 23 : « Et per hoc puto quod si probatur diutina cohabitatio et fama de matrimonio et per testes probantur actus particulares matrimonii, puta quia eam in lecto, tabula seu mensa et aliis communibus tractabat ut uxorem, quod satis probatur matrimonium absque aliis adminiculis. Sic declarat Hugo ; dom. Antonius dicit quod si probantur hæc copulative, scilicet quod eam tractavit in actibus particularibus ut uxorem et quod hoc habeat communis opinio et fama viciniæ, indubitanter procedit. »

6. Panormit., sur c. xi, X, II, 23 : « Unde dico ponendo unum intellectum

Toute cette théorie, que les docteurs développaient sur le c. XI, X, *De præsumptionibus* (II, 23), avait un caractère hésitant et compliqué ; mais c'était là un trait général de la théorie des preuves, telle que l'avaient construite les légistes et les canonistes. Cela venait surtout de ce qu'ils admettaient qu'on pouvait composer une preuve complète par la réunion de divers éléments, qui, pris isolément, n'avaient point force probante ; ces combinaisons possibles étaient assez nombreuses et assez mal déterminées.

V

Le mariage pouvait résulter, on l'a vu, de *sponsalia de futuro* suivies de la *copula carnalis*. Les *sponsalia* devaient être prouvées par les modes indiqués plus haut ; mais, comment pouvait être prouvée la *copula*? Les canonistes avaient résolu assez simplement la difficulté. Ils distinguaient deux hypothèses. Ce pouvait être d'abord le fiancé qui prétendait que la *copula* était intervenue, la fiancée le niant. Ils décidaient alors qu'en principe l'affirmation de l'homme faisait pleine preuve à elle seule, parce que l'homme est *dignior persona* et *caput mulieris* [1]. Cette preuve n'était point cependant irréfutable, la femme pouvait la faire tomber, en se soumettant à une visite corporelle et en établissant par là son état de virginité [2]. A l'inverse,

hujus capituli quod diutina cohabitatio, puta decem annorum, cum fama non solum de matrimonio, sed etiam de tractatibus matrimonialibus, una cum aliis adminiculis plene probat matrimonium... Et sic idem dico si esset instrumentum et succedat aliud adminiculum. »

1. C. XV, C. XXXIII, qu. 5 ; c. III, C. XXXIII, qu. 1 ; c. VI, XII, X, *De despons. imp.*, IV, 2. Le premier de ces textes exprime seulement la supériorité de l'homme sur la femme. Le second déclare qu'il faut s'en tenir à l'affirmation du mari sur la question de la *copula* ; mais il s'agit là de la nullité du mariage prétendue pour cause d'impuissance. Les deux derniers fournissent des solutions plus directes. — Hostiensis, *Summa, De cland. desp.*, p. 355 : « Quando matrimonium per testes probari non potest, tamen conjuges confitentur sponsalia, si vir dicat matrimonium firmatum per carnis copulam et mulier neget (vel e contra) standum est verbo viri, quia caput est mulieris. »

2. Hostiensis, *Summa*, p. 355 : « Hoc autem quod dicit : standum est ju-

on peut supposer que la femme affirmait la *copula*, tandis que l'homme en niait l'existence, Ici encore, on disait bien qu'il fallait admettre la parole de l'homme donnée sous la foi du serment[1]; mais, dans cette seconde hypothèse, en réalité, elle perdait sa force probante. En effet, les docteurs admettaient qu'en faveur du mariage on devait faire prévaloir l'affirmation contraire de la femme, à moins que l'homme ne la convainquît d'imposture en établissant qu'elle était encore vierge, par un examen corporel auquel elle était sans doute tenue de se soumettre[2]. On voit que c'était chose grave que des fiançailles contractées avec une femme qui n'était plus vierge; l'affirmation de l'un ou de l'autre des fiancés suffisait en réalité pour les transformer en mariage. Les mariages ainsi prouvés n'étaient d'ailleurs que des mariages absolument clandestins, qui ne pouvaient prévaloir contre un *matrimonium manifestum*, même postérieur.

ramento viri asserentis se mulierem cognovisse, bene verum est, nisi, ubi vir juraverit se ipsam cognovisse, mulier probet se virginem per aspectum. »

1. Voyez le passage d'Hostiensis reproduit à la note précédente.

2. Hostiensis, *Summa*, p. 355 : « Item quod dixi standum esse verbo viri jurantis se non eam cognovisse mulierem, cum mulier contrarium asserat, intelligas quando et vir ipsam probet virginem per aspectum; alioquin mulieri pro matrimonio statur. » Cependant Hostiensis, dans un autre passage, ne paraît donner cette force à l'affirmation de la femme que si elle a été *traducta in domum mariti*, p. 356 : « Et sic carnis copula in virgine et traductio in muliere æquiparatur. »

TITRE DEUXIÈME

LES EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE ET LES ACTIONS QUI LES SANCTIONNENT

CHAPITRE I

Les empêchements de mariage.

La distinction des empêchements dirimants et prohibitifs ; fixation de la liste des empêchements dirimants.

Section première : *Les incapacités.* — I. L'âge, *minor ætas.* — II. *Dispar cultus* — III. L'impuissance. — IV. L'engagement dans les liens d'un précédent mariage, *ligamen.* — V. Le vœu de chasteté. — VI. L'engagement dans les ordres sacrés, *sacer ordo.*

Section deuxième : *Les vices du consentement.* — I. L'absence de consentement, *dissensus.* — II. La violence, le dol. — III. L'erreur, *error fortunæ, qualitatis et personæ.* — IV. L'*error conditionis* ; le mariage des esclaves et des serfs.

Section troisième : *Empêchements tenant à une relation entre les conjoints, antérieure au mariage.* — I. La parenté, *consanguinitas.* — II. La *cognatio legalis.* — III. La *cognatio spiritualis.* — IV. L'alliance, *affinitas.* — V. L'adultère qualifié, *criminis enormitas* ; le *raptus.*

Section quatrième : *Les empêchements prohibitifs.* — Rappel des empêchements prohibitifs déjà étudiés. — I. L'*interdictum Ecclesiæ.* — II. Le *tempus feriarum.* — III. Les *crimina.*

Dans le titre précédent, j'ai exposé les formes du mariage ; la théorie des empêchements[1], au contraire, se rapporte presque

1. A quelle époque commença-t-on à employer les mots *impedimentum, impedire,* dans un sens technique? Cela est bien difficile à déterminer. Il me

exclusivement aux conditions de fond, dans le droit canonique de l'époque classique.

Une distinction domine la matière : celle des empêchements dirimants et des empêchements simplement prohibitifs, les premiers seuls rendant le mariage nul. J'ai montré plus haut sur quels principes elle s'était fondée [1]. Elle est déjà au moins en germe, quoique posée en d'autres termes, dans les dispositions des conciles anciens, même aux IVe, Ve et VIe siècles. Alors, l'Église n'exerçait encore sur le mariage qu'une action disciplinaire; elle ne pouvait prononcer directement la nullité des mariages. Mais ce qui correspondait aux futurs empêchements dirimants, c'étaient les hypothèses où l'Église refusait la réconciliation aux époux, tant qu'ils ne s'étaient pas volontairement séparés l'un de l'autre [2]; ce qui représentait les futurs empêchements prohibitifs, c'étaient les cas où les époux, mariés contrairement aux règles ecclésiastiques, pouvaient, tout en restant unis, rentrer au giron de l'Église, moyennant une pénitence préalable. La distinction ne put se dégager pleinement que lorsque l'Église eût conquis la juridiction sur le

semble que cette terminologie n'est pas encore fixée à l'époque d'Hincmar de Reims; *De divortio Lotarii, interrog* 21, *responsio* (Migne, t. CXXV, p. 735) : « Videlicet si coguatio, aut habitus religionis, vel impudicitia pessimi criminis sive aliquid hujusmodi non obstiterit. » On peut signaler aussi dans Jonas d'Orléans un passage où le terme *incestus* est employé pour désigner tout mariage prohibé; *De laical. institutione*, l. II, c. VIII, (Migne, t. CVI, p. 184,) : « Cum omnis illicitus concubitus incestus sit, multo magis concubitus cum propinquis Deoque dicatis feminis habetur incestus. »

1. Page 75.

2. Par exemple : *Concili Agathense* (a. 505), Bruns, p. 158, c. LXI : « De incestis conjunctionibus nihil prorsus veniæ reservamus, nisi cum adulterium separatione sanaverint. » *Concilium Aurelian.*, I (511), c. XIII : « Si se cuicumque mulier duplici conjugio presbyteri vel diaconi relicta conjunxerit aut castigati separentur, aut certe, si in criminum intentione perstiterint, pari excommunicatione plectentur. » — *Concilium Epaon.*, (a. 517), c. XXXII : « Ab Ecclesia pellatur donec a conjunctione illicita separetur, marito quoque ejus simili usque ad correctionem severitate plectenda. » — *Concilium Turon.*, II (a. 567), c. XV : « Nam si, ut supra dictum est, uxorem duxerit (in monasterium conversus) excommunicetur et *de uxoris male sociatæ consortio etiam judicis* (le juge séculier) *auxilio separetur; quod si judex ad hoc solatium dare noluerit, excommunicetur.* »

mariage. Encore fut-elle longue à se formuler nettement. Cela résulte d'abord de ce que le même terme, *impedimentum*, est employé pour désigner les deux catégories, pourtant devenues si tranchées. Cela résulte aussi de ce que les auteurs anciens énumèrent dans une même liste les empêchements des deux espèces, et, seulement après coup, ils font observer que certains d'entre eux n'entraînent pas la nullité du mariage[1]. Il n'y avait pas là seulement pauvreté ou hésitation dans la terminologie : le caractère même de certains empêchements fut longtemps douteux ou contesté.

J'étudierai d'abord les empêchements dirimants, puis je dirai quelques mots des empêchements prohibitifs. Il suffira, pour la plupart de ces derniers, de rappeler des notions qui auront été précédemment présentées.

I

La liste des empêchements dirimants s'est lentement et successivement constituée. Pendant longtemps, elle resta en quelque sorte ouverte, et c'est assez tard qu'elle fut arrêtée définitivement.

L'un de ceux qui contribuèrent le plus à établir cette théorie, Yves de Chartres, affirme qu'originairement il n'y eut que deux empêchements dirimants, la parenté (ou alliance) et la bigamie[2]. Sans doute, l'auteur ne fait pas là de la critique

1. Bernardus Pap., *Summa*, IV, 1, § 6, p. 321 : « Sunt autem quæ impediunt matrimonium XIV : votum, ordo, habitus, dispar cultus, error personæ, conditio, cognatio, ligatio, enormitas delicti, impossibilitas coeundi, coactio, causa publicæ honestatis, tempus feriarum et Ecclesiæ interdictum. » — Glose du décret, C. XXVII, qu. 1, rubric. : « Impedimenta matrimonii sunt XVI, scilicet : votum, ordo, habitus, dispar cultus, error personæ, error conditionis, cognatio, ligatio, publicæ honestatis justitia, enormitas delicti, impossibilitas coeundi, tempus feriarum, interdictum Ecclesiæ, coactio, ætas, furor. Jo(hannes). Verumtamen quidam ex his impediunt contrahendum sed non contractum dirimunt. »

2. *Ep. CCXXX*, p. 401 : « Responsum est a Domino nullum conjugatorum posse fieri divortium, excepta fornicationis causa. Sed quia secundum apostolicum thorum immaculatum et honestum connubium oportet esse in om-

historique ; il se place au point de vue dogmatique et théologique ; mais il n'en est pas moins d'accord avec l'histoire qui nous montre, naissant un à un, les empêchements dirimants propres au droit canonique [1]. En revanche, lorsque, peu à peu, on fut sorti de la réserve des anciens temps, leur nombre tendit à s'accroître outre mesure, et la théorie définitive en laissera de côté plusieurs, qui avaient été proposés et momentanément admis. Voici quelques-uns de ces empêchements dirimants qui ne parvinrent pas à se faire recevoir définitivement et furent totalement écartés ou ramenés à l'état d'empêchements prohibitifs.

Nous trouvons, dans plusieurs anciens conciles, cette règle que la veuve d'un prêtre ou d'un diacre ne doit pas se remarier. C'est ce que décide le premier concile d'Orléans en 511 (can. 13) ; il y est dit que si la veuve viole cette prohibition, elle et son mari doivent être séparés [2]. Cela est répété au concile d'Épaon en 517 [3], et cet empêchement dirimant est sanctionné par le *Decretum Vermeriense* [4]. La même règle est reproduite dans une lettre de Grégoire Ier, de 603 [5], et dans un

nibus, crescente religione christiana, ad causas divortii additus est incestus. » Cf. *Ep. CXLV*, p. 267 : « Quod divina sententia sanxit et immutabile fieri voluit, non debet humano interdicto disjungi, nisi fuerit absque contrahentium consensu factum aut per se criminosum, id est adulterinum aut incestuosum. »

1. Dans son *Traité du contrat de mariage*, n° 21, Pothier disait déjà : « Bien que l'Église ait le pouvoir d'établir des empêchements dirimants de mariage, néanmoins, pendant bien des siècle, l'Église n'a pas usé de ce pouvoir : elle ne connaissait d'autres empêchements dirimants que ceux que la loi naturelle, le *Lévitique*, et les lois civiles avaient établis. »

2. Voyez ce texte ci-dessus, pag. 204, note 2.

3. C. XXXII (Bruns, p. 171) : « Relicta presbyteri sive diaconi, si cuicumque renupserit, eatenus ab Ecclesia pellatur donec a conjunctione illicita separetur ; marito quoque ejus simili usque ad correctionem severitate plectendo. »

4. C. III (Boretius, I, p. 40) : « Si quis presbiter neptem suam uxorem habuerit ipsam dimittat et gradum perdat. Si alius eam acceperit, et ipsam a se rejiciat ; si se continere non potest, aliam accipiat ; quia reprehensibile est ut relictam sacerdotis alius homo habeat. »

5. C. X, D. XXVIII : « Si in conjugio diaconi mulierem de qua agitur fuisse constiterit et suprascriptus lator memorato defensori... ad vindictam tradatur et cum competenti emendatione *ii qui male sociati sunt disjungantur* »

concilium Bracarense de 572[1]; l'Église orientale l'a conservée[2]. Mais on en perdit le sens dans l'Église occidentale. Cependant, on ne peut point dire que le célibat imposé aux prêtres et aux diacres lui eût enlevé toute application possible; car, nous le verrons, l'homme marié peut entrer dans le clergé et monter aux ordres sacrés à de certaines conditions : il resta donc vrai qu'un prêtre ou un diacre pouvait avoir une femme légitime. Le Décret de Gratien reproduit même encore les principaux textes qui contiennent cet empêchement dirimant[3]. Mais les recueils de Décrétales n'en parlent plus, et la glose du Décret ne comprend pas bien les décisions de papes ou de conciles qui s'y rapportent. Celles-ci, en effet, reposaient évidemment sur cette idée, que la femme qui avait été l'épouse d'un prêtre, à raison de cette seule qualité, devenait à tout jamais incapable d'avoir un autre mari; mais la glose, pour les expliquer, fait intervenir un tout autre principe. Elle s'attache au vœu de chasteté qui fut exigé, dans la suite, de l'épouse d'un homme marié, lorsque celui-ci voulait parvenir aux ordres sacrés, et voit, dans ce vœu, le motif qui rend nul le second mariage de la veuve du prêtre. Seulement, cette explication soulevait une objection grave; le simple vœu non solennel de chasteté ne constituait, en droit canonique, qu'un empêchement prohibitif. La réponse donnée était que, dans ce cas, l'Église avait renforcé l'énergie d'un semblable vœu[4], et cette explication se maintiendra dans l'Église gallicane[5].

1. C. XI, D. XXVIII.

2. Zhishman, *op., cit.*, p. 433.

3 C. X, XI, XII, D, XXVIII.

4. Glose sur c. X, D, XXVIII, v^is^ *Nec religiosam* : « Nec enim credo quod uxor illius qui promovetur ad sacrum ordinem teneatur intrare religionem, sed sufficit quod voveat perpetuam continentiam. » Glose sur c. XI, *ibid.*, v° *Separentur* : « Sed subjicit : hæc mulier non vovit solemniter, ergo, si contraxerit, tenet matrimonium, quod hic negatur. Solve. Secundum quosdam votum illud est solemne ex propria professione; alias non videtur quod sola scientia mulieris solempnizet votum, nisi ipsa expresse voverit. Joan(nes). Sed videtur quod sola constitutio Ecclesiæ hoc matrimonium dirimat, non scientia vel votum. »

5. *Conférences ecclésiastiques*, tome II, p. 160.

Au IXe siècle, c'était une doctrine admise par l'Église gallicane que la personne qui se rendait sciemment coupable d'un inceste, soit par le mariage qu'elle contractait, soit par des relations en dehors du mariage, devenait absolument incapable de contracter mariage; c'était là un empêchement dirimant. Cela apparaît avec toute évidence dans l'écrit d'Hincmar de Reims sur le divorce de Lothaire et de Tetberge. Le roi prétendait que son mariage était nul parce que, antérieurement, Tetberge avait eu des relations avec son propre frère, et Hincmar admet pleinement la nullité si cet inceste est prouvé [1]. Sans doute, on a fait remarquer que les raisons sur lesquelles il s'appuie sont bien mauvaises, qu'elles reposent elles-mêmes sur des confusions ou des textes torturés [2]; mais la doctrine qu'il professe n'en est pas moins ferme, et elle était sûrement acceptée par ses contemporains. Cet empêchement subsistera d'ailleurs dans le droit canonique, mais à l'état d'empêchement prohibitif [3].

C'était, anciennement, une question discutée que de savoir si le complice, ou même tout autre homme, pouvait épouser une femme adultère devenue libre, si l'on pouvait épouser une courtisane, une femme *prægnans ex fornicatione*, une femme que l'on avait d'abord eue comme concubine. Pierre Lombard donne comme classique la difficulté sur le mariage de la femme adultère; dans le Décret de Gratien, elle est également traitée [5], ainsi que celle qui concerne le mariage de la courtisane [6]. Et ce n'étaient pas là seulement des disputes d'école.

1. Migne, *Patrologie*, tome CXXV, p. 690, 706.

2. Sdralek, *op., cit.*, p. 131, et suiv.; Schrörs, *op., cit.*, p. 199, 200.

3. C. XX, C. XXXII, qu. 7; c. XXX, C. XXVII, qu. 2; c. I, X, *De eo qui cogn.*, IV, 13, et glose sur ce chapitre : « Nota quod incestuosi contrahere non possunt... tamen si contraherent tenet matrimonium, et etiam, si essent juvenes, dispensaretur cum eis. »

4. *Sent.*, IV, D. XXXV, *F* : « Solet etiam quæri an valeat duci in conjugium quæ prius est polluta per adulterium. »

5. C. XXXI, qu. 1 : « Quæritur an possit duci in conjugium quæ prius polluta est per adulterium. »

6. C. XXXII, qu. 4 : « Hic primum quæritur an licite meretrix ducatur in uxorem. »

Ce qui le montre bien, c'est que la question revient quatre fois dans la correspondance d'Yves de Chartres : la première et la seconde fois, il s'agit d'une concubine que son amant a épousée[1]; la troisième, d'une femme *prægnans ex fornicatione*[2]; enfin, la dernière lettre expose le cas d'une femme qui est accouchée deux ou trois mois après son mariage[3]. Yves est assez embarrassé pour statuer sur ces hypothèses, et l'on voit bien que, de son temps, la doctrine n'était pas fixée[4]; il discute longuement, et dans un esprit élevé, les différentes hypothèses, et, somme toute, refuse de voir dans aucune d'elles un empêchement dirimant, mais tend à y voir un empêchement prohibitif[5]. Gratien, qui, je l'ai dit, examine seulement le cas de la femme adultère et celui de la courtisane, ne présente pas une doctrine très ferme : il décide seulement que leur mariage est licite, lorsque ces femmes coupables veulent faire pénitence et retourner au bien, sinon il ne doit pas être conclu; mais il ne

1. *Ep. XVI*, p. 30 : « Humilitatem meam consuluit vestra fraternitas utrum quis habere possit eam mulierem in conjugem quam prius habuit pellicem. » — *Ep. CXLVIII*, p. 253 : « De viro illo qui prius per concubinatum cuidam adhæsit mulieri, postea vero cum eadem muliere, infirmitate correpta, pactum conjugale dato annulo iniit. »

2. *Ep. CLV*, p. 264 : « In litteris tuis sciscitata est fraternitas tua, utrum mulier prægnans de fornicatione possit legitime nubere; ad quod principaliter ex sententia facile responderi non potest. »

3. *Ep. CLXXXVIII*, p. 324 : « Quæsivit a me quod melius me novit vestra prudentia, utrum mulier, quæ, post completa sacramenta et officia nuptiarum, intra duos aut tres menses peperisse cognoscitur, debeat propter fœdera nuptiarum in conjugio manere, an propter patratum ante nuptias flagitium matrimonii dignitatem amittere. »

4. *Ep. XVI* (p. 30), adressée, à Gautier évêque de Meaux : « Quod idcirco vobis videtur illicitum, quia apud vos hactenus fuit insolitum. Nunc vero dicitis hoc ipso idcirco venisse in dubium, quod Rogerius Romanæ Ecclesiæ legatus Romæ hanc consuetudinem Silvanectis asseruit et hoc posse fieri beati Augustini sententia confirmavit. De qua re vobis respondemus quia super hoc diversas habemus sententias, alias prohibentes, alias remittentes. »

5. *Ep. CLXXXVIII*, p. 324 : « Dico tamen sine præjudicio melioris sententiæ, quia si ante celebrationem sacramenti conjugalis cognita fuisset mulieris turpitudo, secundum legum severitatem non esset honestanda matrimonio.... Verum postquam simpliciter præcedente consensu contracta sunt fœdera nuptiarum, postquam matrimoniales tabulæ datæ sunt, et cætera conjugii sacramenta completa sunt, vir et mulier unum corpus per carnis commixtionem facti sunt, non intelligo posse dissolvi conjugium. »

dit point nettement si, alors, il est nul ou valable. La doctrine des décrétalistes ne voit plus d'empêchement, ni dirimant ni prohibitif, dans aucune de ces hypothèses [1].

Enfin, une doctrine ancienne interdisait le mariage, à moins de dispense, à ceux qui avaient dû faire une pénitence solennelle, tout au moins quand la pénitence avait été motivée par certains crimes graves et déterminés [2]. Certains docteurs tenaient qu'il y avait là un empêchement dirimant; mais la plupart n'y voyaient qu'un empêchement prohibitif, et c'est l'opinion qui triompha [3], pour s'atténuer encore elle-même [4].

Ces éliminations diverses ayant été opérées, la liste des empêchements dirimants est définitivement arrêtée, au moins à partir du XIIIe siècle. On pourrait en douter cependant à lire et à comparer les listes que donnent les canonistes anciens; elles sont souvent incomplètes, et généralement différentes entre elles [5]; mais cela vient de ce que, souvent, on comprend sous

1. C. XX, X, *De spons.*, IV, 1 (a. 1196); — Panormit., sur ce chapitre, n° 2 : « Nota quod meretricium, quantumcunque publicum, non privat mulierem hoc sacramento matrimonii; nam quisque contrahere potest qui expresse non prohibetur. »

2. *Dictum*, sur c. XI et c. XII, C. XXXIII, qu. 2; et la glose sur ces textes.

3. Glose sur *Dictum*, sur c. XI, C. XXXIII, qu. 2, v° *Pœnitentibus* : « Et dicunt quidam quod si isti contrahant non tenet matrimonium... Si tamen tales sint, qui non possunt continere, de licentia episcopi possunt contrahere et consensus episcopi facit matrimonium talium tenere. Alii dicunt matrimonium talium tenere, licet prohibeantur contrahere, nisi apponatur in constitutione quod si contraxerint separentur, quod credo verum. »

4. Voyez plus loin, *Section IV*, n° 3.

5. Cela est vrai, même des listes en vers mnémotechniques, si usitées jadis En voici deux, par exemple. La première se trouve reproduite dans la glose du Décret, et elle paraît y avoir été introduite par Bartholomæus Brixiensis (C. XXVII, qu. 1, vis *Quidam autem*) :

Votum, conditio, violentia spiritualis,
Proximitas, error, dissimilisque fides,
Culpa, *dies vetitus*, honor, ordo, ligatio, sanguis,
Quæ sit et affinis, quique coire nequit,
Additur his ætas, habitum conjungi furori,
His interdictum subditur Ecclesiæ,
Hæc (si canonico vis consentire rigori)
Te de jure vetant jura subire tori.

Selon l'usage ancien, les empêchements prohibitifs sont entremêlés avec

un même terme plusieurs empêchements qui ont entre eux une certaine affinité, et de ce que l'on ne met pas sur la liste d'autres empêchements, que d'ordinaire on expose à part, comme la *publica honestas*, dont on traitait à propos des fiançailles.

Pour les étudier, je diviserai les empêchements dirimants en trois classes : 1° Ceux qui tiennent à une incapacité générale chez l'un des conjoints ; 2° ceux qui consistent dans un vice du consentement ; 3° ceux qui se rapportent à des relations entre les deux conjoints préexistantes au mariage et supposent entre eux une incapacité simplement relative [1].

SECTION PREMIÈRE

Les incapacités.

Les empêchements, qui tiennent à une incapacité générale chez l'un des conjoints, sont au nombre de six. Ce sont : 1° l'âge (*ætas*) ; 2° la qualité d'infidèle (*cultus disparitas*) ; 3° l'impuissance (*coeundi impossibilitas*) ; 4° l'engagement dans les liens d'un mariage précédent (*ligamen*) ; 5° le vœu solennel (*votum*) ; 6° l'engagement de l'homme dans les ordres sacrés (*ordo*).

I

Pour être capable de contracter mariage, il faut avoir atteint un certain âge, qui est, d'après le droit canonique, celui de la

es dirimants ; ceux que contient cette liste sont en lettres italiques. — La seconde liste est donnée par Hostiensis, *Summa*, p. 347 ; elle ne contient que des empêchements dirimants :

> Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
> Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
> Dissensus, et affinis, si forte coire nequibis,
> Hæc facienda vetant connubia, facta retractant.

1. Suivant le plan général, indiqué plus haut, p. 60 en étudiant les empêchements, je partirai du XII^e^ siècle, de l'époque où le droit canonique se constitue définitivement, rappelant seulement les précédents, dans une exposition préalable.

puberté, telle que l'avait déterminé le droit romain, c'est-à-dire douze ans révolus pour les filles et quatorze ans accomplis pour les hommes[1]. Cependant, tout mariage contracté par un impubère n'était point nécessairement nul. Le droit canonique défendait bien de contracter mariage avant la puberté; mais si, en fait, cette prohibition n'avait pas été respectée et que l'impubère marié eût été, d'un côté, physiquement capable d'établir les relations sexuelles avec son conjoint, et, d'autre part, moralement capable de bien comprendre l'acte qu'il accomplissait, *doli capax*, le mariage était reconnu valable; la présomption cédait devant la vérité[2].

Ce qui contribua surtout à faire admettre ce système, peut-être équitable, mais sûrement imprudent et inconséquent, ce fut sans doute l'habitude, très répandue au moyen âge, de marier les enfants, même presque au berceau. Un *caput incertum* inséré aux décrétales de Grégoire IX, sous le nom du pape Nicolas, tout en défendant de semblables mariages semblait pourtant en reconnaître parfois la nécessité[3]. Yves de Chartres, en prononçant sans hésitation la nullité d'une union contractée entre deux petits enfants, paraît avoir réagi contre les idées qui avaient cours de son temps; car, dans l'hypothèse, le chancelier même du royaume lui avait demandé si ce mariage pouvait être dissous[4].

Ce système du droit canonique ne laissait pas d'ailleurs que de présenter des difficultés sérieuses d'interprétation. On se demandait d'abord comment la puberté de fait pouvait être établie chez la personne qui, de droit, était impubère. Les uns

1. Panormit., sur c. III, X, *De despons. imp.*, IV, 2 : « Masculus regulariter debet complevisse annum quartum decimum, femina vero duodecimum. »

2. C. I, C. XXX, qu. 2; c. II, III, VI, IX, X, XIV, X, *De desp. imp.*, IV, 2.

3. C. II, X, *De desp. imp.*, IV, 2 : « Districtius inhibemus ne aliqui, quorum uterque vel alter ad ætatem legibus vel canonibus determinatam non pervenerit, conjungantur; *nisi forte, aliqua urgentissima necessitate interveniente, utpote pro bono pacis, talis conjunctio toleretur.* »

4. *Ep. CCXLIII* (à Gualo, évêque de Paris), p. 431 : « Nuper cum essemus apud castrum Militonense narravit mihi domnus Stephanus cancelarius quasdam nuptias fuisse celebratas in episcopatu vestro contra placitum vestrum inter quemdam puerulum et quamdam puellulam, cum adhuc pene in

exigeaient pour cela que des relations sexuelles se fussent effectivement établies entre les époux; d'autres admettaient que la puberté pouvait être prouvée autrement, par exemple, par les signes corporels qui dénotent un plein développement [1]. D'autre part, on se demandait si, pour que le mariage fût valable, il suffisait qu'en fait les relations conjugales eussent pu s'établir, et s'il ne fallait pas en outre que l'impubère fût très proche de la puberté. Plusieurs Décrétales relevaient expressément ce fait que, dans l'hypothèse sur laquelle elles statuaient, il ne s'en fallait que d'un ou deux ans pour que la puberté fût atteinte. Cependant, quand il s'agissait d'un garçon impubère, on ne s'inquiétait guère de ce point; dès qu'il était démontré que les relations conjugales s'étaient établies entre lui et son conjoint, le mariage, quant à lui, était reconnu valable: ici il était bien rare que l'aptitude sexuelle devançât de beaucoup la puberté, bien que les canonistes citassent traditionnellement un exemple surprenant de précocité [2]. Mais, pour les filles, cela devenait beaucoup plus délicat; à tout âge, une défloration était matériellement possible; cependant il eût été odieux d'admettre que, toujours, elle validait le mariage. L'opinion la plus sage disait que si la fille n'avait pas sept ans, jamais on ne pouvait recon-

cunnis essent. Quæ nuptiæ cum sint sine fide, sine prole, sine consensu, sine omni bono conjugali, *sollicite quæsivit utrum possint legitime dissolvi.* Cui secundum tramitem legum breviter respondi, quia quod contra leges præsumitur, per leges dissolvi meretur... Quibus auditis, rogavit me ut scriberem vobis quatinus tales nuptias aut fieri non permitteretis, aut factas dissolvi præciperetis... Quatinus hoc exemplo cæteri doceantur ne imaginariis, imo falsis nuptiis de cætero copulentur. »

1. Panormit., sur c. IX, X, *De desp. imp.*, IV, 2 : « Quidam ut Tancredus requirunt quod vere inter eos copula intercesserit... Sed Gofredus, abbas (antiquus), Innocentius et Johannes Andreæ tenent oppositum, dicentes satis esse quod potuerunt conjungi. Quid enim si juvenis minor alias mulieres cognovit, vel si femina minor ab aliis fuerit cognita : certe nemo negabit matrimonium consistere inter illos... Sed dubium est quando non constat clare, sed tantum per signa, puta ex aspectu corporis vel ex aliis signis extrinsecis, mulier vel masculus videtur aptus ad copulam. Innocentius sensit hæc signa sufficere, quod mihi satis placet. »

2. Glose sur C. XX, qu. 1, VIS *Quod intra* : « Cum in matrimonio carnali malitia suppleat ætatem... Gregorius refert in dialogo de quodem puero novenni qui nutricem suam gravidavit. »

naître l'existence d'un mariage valable; si elle était majeure de sept ans, mais non *proxima pubertati*, la validité du mariage était possible, mais la défloration subie ne suffisait pas pour la produire; il fallait en outre qu'un examen par les gens de l'art établît que la fille était *viripotens*; si, enfin, celle-ci était *proxima pubertati*, la *copula* suffisait pour valider le mariage, et la seule affirmation du mari suffisait pour prouver la *copula*, suivant les règles développées ci-dessus [1].

On discutait aussi sur la façon dont devait être entendu le système du droit canonique, comparé à celui du droit romain. Selon les uns, le droit canonique avait complètement repoussé les principes du droit romain ; quant au mariage, il n'aurait jamais pris en considération la puberté légale, se rapportant seulement à la puberté de fait. Selon les autres, la règle du droit romain aurait seulement, en passant dans le droit canonique, subi cette modification, que le mariage de l'impubère était valable par exception, lorsque celui-ci était *doli capax et copulæ*. Bien que cette controverse fût principalement théorique, ce n'était pas une simple querelle de mots, et des conséquences pratiques s'y rattachaient. Si l'on admettait la première interprétation, il fallait dire que le mariage contracté

1. Panormit., sur c. VI, X, *De desp. imp.*, IV, 2 : « Sed quæro quod si puella tantum excessisset septimum annum, numquid copula superveniens habuit consummare matrimonium? Guillelmus Naso sentit quod non; dicit enim per istum textum requiri quod puella sit undecim annorum ad minus. Sed Johannes de Deo tenuit contrarium et verius per c. fin., *De eo qui cognovit consang. uxoris*, ubi patet quod in decimo anno fuit matrimonium consummatum... Et ideo concludit Johannes de Deo quod si major septennio fuit cognita a sponso, quod consummatum est matrimonium. Circa hoc multum instat hic Innocentius variando non parum. Sed mihi satis placet conclusio sequens. Quod aut puella est minor septennio, et tunc quantumcunque fuerit cognita, non dicatur matrimonium consistere, quia non videtur habere consensum aptum ad discernendum quid sit matrimonium, nisi sit multum doli capax et discreta. Si vero est major septennio, ita quod non sit proxima pubertati, non statur simpliciter verbo viri dicentis se cognovisse illam puellam, nam possibile est quod puella sit deflorata, non tamen sequitur quod sit apta ad concipiendum. Tunc ideo deberent mulieres expertæ assumi ad videndum an puella sit viripotens... Si autem puella esset proxima pubertati, tunc esset standum verbo viri, et ex cognitione etiam præsumpta debet præsumi quod sit viripotens. »

par une personne légalement pubère, mais dont le développement physique avait été retardé, était nul *hic et nunc*. Il était valable, au contraire, d'après la seconde interprétation, à moins qu'on n'en pût fonder la nullité sur l'empêchement d'impuissance ; mais il fallait pour cela attendre, dans tous les cas, que le développement physique de l'époux fût devenu complet. C'est la seconde opinion qui paraît avoir triomphé ; elle était soutenue par les plus éminents canonistes, quoique, parfois, avec des arguments quelque peu singuliers[1].

Lorsque le mariage était nul pour impuberté de l'un des conjoints, les *verba de præsenti* qui avaient été échangées entre eux n'étaient cependant pas dépourvues de toute efficacité ; elles valaient alors comme *verba de futuro*, comme fiançailles d'impubères. Les fiançailles, nous le savons, pouvaient être valablement contractées à un âge plus tendre que le mariage ; et, bien que les parties eussent voulu plus que cela,

1. Hostiensis, *Summa*, p. 350 : « Et qualiter probetur pubertas? Primo per aspectum corporis. Antiquissimo enim tempore inspiciebantur loca secreta seu barbæ inferiores, an barbæ pungerent vel lanuginem ducerent, et tunc judicabatur pubes non aliter ; hanc autem (probationem) dicunt doctores observandam etiam hodie, quoad matrimonia contrahenda... Hoc puto reprobandum, quia leges præcedentes contradicunt.. Sed ipsi respondent eas locum habere quoad tutelas et curas... Ætas certa statuitur in legibus ad matrimonium contrahendum, scilicet 12 annorum in muliere et 14 in homine. Sed ipsi dicunt aliud secundum canones... Quid enim dicerem, secundum magistrum meum, si mulier pilos inferioris barbæ sibi eradicaret et deplumaret sicut quædam faciunt ut juniores appareant; hæ enim secundum ipsos in perpetuum puberes non erunt, nisi forte pariant, et sic secundum ipsos nisi partum habuerint, contrahere non valent; unde nec virgines dici poterunt, quod est satis absurdum. » — Panormit., sur c. III, X, IV, 2 : « Nota istam glosam; vult enim quod habilis ætate, impotens autem ad coeundum, valide non contrahit matrimonium. Refert alios tenuisse contrarium et hanc contrariam opinionem sequuntur hic communiter doctores reprobando glosam. Ex quo enim habet ætatem legitimam ad matrimonium nec apparet impedimentum perpetuum tenet matrimonium. Hoc probatur, infra *De frigidis* c. Laudabilem. Nam si maritus non potest cognoscere mulierem, non dissolvitur illico matrimonium, sed debent dare operam per triennium, ut sic experiantur utrum impedimentum sit perpetuum. Alias sequeretur quod impotens ad coeundum propter infirmitatem non posset contrahere matrimonium Et hæc opinio doctorum est æquior. »

on transformait leur volonté, pour lui faire au moins produire tout l'effet possible[1].

II

Au milieu du XII^e^ siècle, lorsque se fixe le droit canonique, c'est une règle reconnue, que le mariage d'un chrétien avec une personne infidèle, qui n'a pas reçu le baptême, est radicalement nul. Pierre Lombard[2] et Gratien[3] s'accordent sur ce point. Bernard de Pavie s'exprime de la façon la plus nette[4]. Cela ne ressortait point, cependant, d'une tradition certaine et constante. Dès les premiers jours, les petites communautés chrétiennes, entourées de tous côtés par les juifs et les païens au milieu desquels elles vivaient, avaient dû se poser et résoudre la question ; mais elles ne lui avaient point donné une solution rigide. Saint Paul recommandait aux chrétiens de ne point fraÿer avec les païens; il ne fallait pas qu'un chrétien s'accouplât au même joug qu'un infidèle ; il ne fallait pas marie la lumière et les ténèbres[5]. Mais lui-même montrait ailleurs qu'il ne considérait point comme impossibles les unions entre

1. C. XIV, X, *De desp. imp.*, IV, 2 : « Quod si puella nubilis non erat ætatis, cum præfatus vir desponsavit eamdem et ætatem in ea prudentia non supplebat, proculdubio inter eos non conjugium sed sponsalia contracta fuerunt, quamvis ab ipso viro fuerit subornata. »

2. *Sent.*, IV, D. XXXIX, *A:* « Post hæc de dispari cultu videndum est ; hæc est enim una de causis quibus personæ illegitimæ fiunt ad contrahendum matrimonium... Ex his aliisque pluribus testimoniis apparet non posse contrahi conjugium ab his qui sunt diversæ religionis et fidei. »

3. Gratien, *Dictum* sur c. XIV, C. XXVIII, qu. 1 : « Illa itaque auctoritate jubentur separari ab invicem qui contra Dei vel Ecclesiæ decretum copulati sunt, utpote infideles cum fidelibus, consanguinei cum consanguineis vel affines cum affinibus. Hi omnes, si sibi invicem copulati fuerint, separandi sunt. »

4. *Summa, De matrimonio*, p. 291 : « Dispar cultus impedit matrimonium contrahendum et dirimit contractum, si ab initio intercesserit. »

5. *II Corinth.*, c. VI, v. 14 : « Nolite jugum ducere cum infidelibus, quæ enim participatio justitiæ cum iniquitate? aut quæ societas luci ad tenebras? 17 : Propter quod exite de medio eorum et separimini, dicit Dominus, et immundum ne tetigeritis. »

chrétiens et païens[1]. Les Pères de l'Église, tout en répétant les mêmes avertissements, professaient la même doctrine tolérante : saint Augustin, en particulier, reconnaît que le droit ici était douteux et que les prohibitions n'étaient pas formelles[2].

Les lois de l'empire romain avaient été plus sévères en un point ; elles avaient expressément prohibé le mariage entre juifs et chrétiens[3].

A partir du IVe siècle, des conciles locaux défendirent à mainte reprise le mariage entre chrétiens et infidèles[4] ; mais il ne semble pas qu'ils en aient d'ordinaire prononcé la nullité[5] : dans tous les cas, il n'avait pas été édicté, dans l'Église, de règle générale sur cette matière. Ce qui paraît surtout avoir servi de base à l'empêchement dirimant, admis dès le milieu du XIIe siècle, ce sont les textes de l'Ancien Testament prohibant le mariage des Juifs avec les femmes étrangères[6], repris et commentés par les Pères de l'Église. Cela concordait logiquement avec le caractère de sacrement reconnu au mariage : pour se communiquer aux conjoints, le sacrement

1. *I Corinth.*, c. VII, v. 12-16.

2. *De fide et operibus*, c. XIX (*Opera*, édit. Vivès, tome XXI, p. 275) : « Cum (beatus Cyprianus) ad eosdem mores malos pertinere confirmet jungere cum infidelibus vinculum matrimonii, nihil aliud esse asserens quam prostituere gentibus membra Christi ; quæ nostris temporibus jam non putantur esse peccata ; quoniam revera in Novo Testamento nihil inde præceptum est, et ideo aut licere creditum est, aut velut dubium derelictum. » — Cf. Perrone, *op. cit.*, tome II, p. 308.

3. L. 6, C. I, 9. On a cité parfois un autre texte (c. un. *C. Th.*, III, 14), comme ayant prohibé le mariage entre chrétiens et païens ; mais les *gentiles*, dont il est question dans cette loi, sont des *barbares* et non pas simplement des païens.

4. Les principaux textes sont réunis dans Gratien, C. XXVIII, qu. 1 et 2. — Cf. Freisen, *op. cit.*, p. 636 et suiv.

5. Freisen, *op. cit.*, p. 636 et suiv.

6. Pierre Lombard, *Sent.*, IV, D. XXXIX, *A* : « Non enim licet christiano cum gentili vel judæa inire conjugium, quia etiam in Veteri Testamento prohibitum est fideles viros infideles ducere uxores, Domino dicente : Non accipias uxores de filiabus alienigenarum filiis tuis, ne traducant eos post deos suos. Juxta hoc Domini præceptum Judæorum conjugia cum alienigenis inita Esdras separavit. Hoc idem etiam in Novo Testamento servatur. » — Cf. Sanchez, *op. cit.*, L. VII, disp. LXXI.

de la nouvelle loi requérait chez eux le baptême, comme condition préalable. Mais, entrés dans cette voie, les canonistes dépassèrent d'abord le but déterminé par la logique. Certains textes, insérés au Décret[1], semblaient décider que le mariage était impossible au chrétien, non seulement avec une personne infidèle, juive ou païenne, mais encore avec une personne hérétique : pour que le mariage canonique pût exister, il fallait identité de foi entre les époux[2]. C'est bien l'opinion qui triompha d'abord ; elle est enseignée par Bernard de Pavie[3], qui restreignait cela cependant aux hérétiques déjà condamnés et rejetés par l'Église[4] ; elle est reproduite également dans la glose du Décret[5]. C'est la doctrine qui s'est maintenue dans l'Église d'Orient[6], bien que celle-ci, par des circonstances historiques particulières, ait été amenée à distinguer, des hérétiques proprement dits, les simples schismatiques, avec lesquels elle déclara le mariage valable[7]. Mais, en Occident, la doctrine contraire l'emporta, admettant la validité du mariage entre catholiques et hérétiques. Elle était déjà enseignée par Hugu-

1. C. XVI, C. XXVIII, qu. 1.

2. Pierre Lombard, *Sent.*, IV, D. XXXIX, *A* : « Ex his aliisque pluribus testimoniis apparet non posse contrahi conjugium ab his qui sunt diversæ religionis et fidei. »

3. *Summa*, *De matrim.*, p. 291 : « Fidelis aliquis paganam, judæam vel *hæreticam* accipere in conjugium non potest ; quod si acceperit, separantur. »

4. *Ibid.*, p. 292 : « Cumque noviter in Ecclesia Dei quamplures hæreticorum sectæ tanquam lolium inter frumenta nascantur, quæritur an liceat catholicis cum talibus matrimonium contrahere, puta cum Arnaldistis, vel Passaginis, vel Philibertinis et hujusmodi ; ubi mihi referre videtur an eorum hæresis adhuc ab Ecclesia toleretur, an jam sit excommunicationis falce præcisa quamdiu enim toleratur, sacramentum matrimonii eis conceditur. »

5. Glose sur c. XVI, C. XXVIII, qu. 1, v° *Hæreticis* : « Hæreticus non potest contrahere cum christiana. Dixit tamen H(ugutio) quod, si contrahit, tenet matrimonium. »

6. Zhishman, *op. cit.*, p. 522. Cette doctrine avait été formellement consacrée par le *concilium Trullanum* de 692 (c. LXXII), considéré comme œcuménique par l'Église orientale. Mais les canons de ce concile sont considérés comme apocryphes ou non obligatoires par l'Eglise d'Occident. Voir Sanchez, *op. cit.*, lib. VII, disp. XXVIII, n° 1 ; Schulte, *Katholisches Eherecht*, p. 243.

7. Zhishman, *op. cit.*, p. 524 et suiv. Sur la doctrine des Orientaux, quant à leurs mariages avec les Latins, *ibid.*, p. 527 et suiv.

tio; elle est reproduite dans le *Speculum* de Durantis[1]. Cela devint l'opinion commune[2]; on revenait à la logique des principes. Si le mariage était nul entre chrétiens et infidèles, c'est qu'il supposait nécessairement le baptême entre les contractants; dès que ceux-ci avaient reçu le baptême, le mariage était possible entre eux[3]. Ce point de droit fut, d'ailleurs, implicitement, mais très nettement fixé par une décrétale de Boniface VIII[4]. Cependant les textes anciens, qui prohibaient le mariage entre catholiques et hérétiques ne furent point considérés comme abrogés; leur force fut seulement atténuée : l'empêchement qu'ils édictaient, jadis dirimant, devint simplement prohibitif.

Un doute semblable exista jadis, quant au mariage contracté par un excommunié. Une opinion ancienne le déclarait nul, mais ce fut la thèse opposée qui l'emporta[5]. Elle était déjà enseignée par Yves de Chartres[6].

1. Lib. IV, part. III, *De divortiis*, n° 2, p. 455 : « Eodem modo conqueror s contraxit cum hæretico non baptizato; secus si esset baptizatus, quia tunc teneret matrimonium contractum. »

2. Panormit., sur c. VII, X, *De cond. app.*, n° 5 : « Vult ergo glosa quod matrimonium contractum cum judæa vel hæretica sit nullum : respectu Judææ bene loquitur et idem in pagana; nam ad hoc ut matrimonium consistat oportet quod contrahentes sint ejusdem sectæ vel fidei. Sed respectu hæreticæ quæ suscepit jam baptismum, communiter tenetur oppositum; quia ex quo habet sacramentum baptismi non potest proprie dici alterius sectæ. »

3. Hostiensis, *Summa, De matrim.*, p. 349 : « Et hoc intelligas de matrimonio fidelium; cum enim baptismus sit fundamentum omnium sacramentorum patet quod in pagano vel judæo hæc cadere non possunt. »

4. C. XIV, VI, *De hæret.*, V, 2 : « Decrevit felicis recordationis Innocentius papa IV, quod propter hæresim maritorum uxorum catholicarum dotes non debeant confiscari. *Quod intelligendum fore censemus nisi forte mulieres ipsæ cum viris matrimonia contraxissent quos hæreticos tunc sciebant.* »

5. Hostiensis, *Summa*, p. 343 : « Quid si quis non excommunicatus contrahat cum excommunicata? Aliqui dicunt quod non tenet matrimonium : pro quibus facit quod excommunicatus etiam minori non potest eligi et est a sacramentis ecclesiasticis separatus, et tali sunt omnes actus legitimi interdicti. H(ugutio) tamen scripsit quod licet non debeat contrahi a tali matrimonium, contractum tamen tenet... Quod secundum jura quæ currunt verius est. »

6. *Ep. CLV*, p. 267 . « Sive sint raptores, *sive excommunicati*, sive quolibet alio vitio conjuges infecti, tamen hæc omnia toleranda sunt pro conservanda fide conjugii. »

Le mariage d'un chrétien avec une personne infidèle était donc nul. Lorsqu'il était pur et simple, cela ne faisait pas question : mais, ne pouvait-il pas valablement être contracté sous la condition que la partie *infidelis* recevrait le baptême : *Si christianus fias*? La glose de Bernard de Parme décide affirmativement [1], bien que cela pût sembler douteux d'après la théorie exposée plus haut sur le mariage conditionnel. Dans tous les cas, on admettait la validité des fiançailles contractées sous cette condition [2].

Le droit canonique avait dû se préoccuper du mariage des infidèles encore à un autre point de vue. Deux personnes s'étant mariées *in infidelitate*, toutes deux postérieurement, ou l'une d'elles seulement, embrassaient la foi chrétienne : c'était là une hypothèse qui se présentait très fréquemment dans les premiers siècles du christianisme. Que devenait alors leur mariage, *jure canonico*? Pour résoudre cette difficulté, il fallait d'abord déterminer quelle valeur juridique le droit canonique attribuait au mariage des infidèles, puis quelle transformation il subissait par la conversion au christianisme des deux conjoints ou de l'un d'eux. Saint Paul, dans un passage célèbre qui est le fondement même de toute la théorie [3], donnait à ces difficultés une solution simplement pratique et équitable. Prenant l'hypothèse la plus délicate, celle où l'un des conjoints seulement se convertissait, il conseillait au converti de ne point répudier l'époux infidèle ; mais si, au contraire, ce dernier le répudiait, il lui rendait toute sa liberté [4]. L'auteur du texte

1. Glose sur c. VII, X, *De cond. app.*, IV, 5, VIS *Contra substantiam* : « Est et alia conditio honesta, quæ est de substantia matrimonii, ut cum christianus dicat judææ vel hæreticæ : « Contraho tecum si vis fieri christiana » sine ista non teneret matrimonium. »

2. C. XVI, C. XXVIII, qu. 1.

3. *I Corinth.*, VII, 12-16.

4. *I Corinth.*, VII, 12 : « Nam cæteris ego dico, non Dominus : Si quis frater uxorem habet infidelem et hæc consentit habitare cum illo, non dimittat illam. — 13. Et si mulier fidelis habet virum infidelem et hic consentit habitare cum illa, non dimittat virum. — 15. Quod si infidelis discedit, discedat ; non enim servituti subjectus est frater aut soror in hujusmodi, in pace autem vocavit nos Dominus. »

évidemment ne doutait point de la validité persistante de semblables mariages ; c'était alors la loi civile qui seule les régissait ; il donnait seulement un conseil sur l'usage que, dans cette hypothèse, les fidèles devaient faire du divorce, qui leur était largement ouvert par les lois grecques et romaines. Mais la question devint moins simple lorsque la réglementation ecclésiastique eut construit une législation propre du mariage.

Une opinion s'affirma de bonne heure, très nette et très simple, d'après laquelle les mariages contractés par les infidèles n'avaient aucune valeur aux yeux de l'Église. Mais elle fut combattue par les Pères de l'Église, spécialement par saint Augustin[1] ; elle fut condamnée par les papes[2] et par des conciles[3]. Elle n'était pas cependant oubliée au XII^e^ siècle ; Pierre Lombard et Gratien la reproduisent pour la combattre, avec le cortège d'arguments subtils et ingénieux par lesquels on la soutenait[4]. Elle fut définitivement éliminée par eux[5] ; et les Décrétales insérées dans la collection de Grégoire IX attestent que le mariage des infidèles est une union légitime aux yeux du droit canonique, *verum et legitimum conjugium*, qui persiste après leur conversion au christianisme : *in baptismo dimittuntur peccata, non solvuntur conjugia*[6]. Cela cadrait très bien avec certaines paroles de saint Paul ; car celui-ci n'aurait pu conseiller à un chrétien de vivre dans l'état de concubinage : mais cela était-il conciliable avec toutes les décisions qu'il avait données ?

Saint Paul, en effet, décidait que, si le conjoint infidèle ne voulait pas continuer la vie commune avec son conjoint converti, celui-ci pouvait se prévaloir du divorce et se remarier. Comment admettre cela ? Si le mariage des infidèles était légi-

1. C. VIII, IX, C. XXVIII, qu. 1.
2. Innocent I, c. XIII, D. XXXIV (a. 404) ; c. I, C. XXVIII, qu. 1 (a. 414).
3. C. I, C. XXVIII, qu. 2. — Cf. *concil. Triburiense* (a. 895), c. XXXIX.
4. Pierre Lombard, *Sent.*, IV, D. XXXIX, *H* ; Gratien, C. XXVIII, qu. 1 (*prima pars*) ; et *dictum* sur c. XIV, *ibid.*
5. Lombard, *Sent.*, IV, D. XXXIX, *I* ; *Dictum Gratiani* sur c. XIV, C. XXVIII, qu. 1.
6. C. VII et VIII (Inn. III), X, *De divort.*, IV, 19.

time, *jure canonico*, n'était-il pas par là même indissoluble? Les canonistes trouvèrent une solution très simple de l'antinomie. Ce mariage, dirent-ils, est bien valable et légitime, *verum ac legitimum*, mais il n'est pas *ratum*, c'est-à-dire absolument indissoluble; il peut se dissoudre pour des causes expressément admises par l'Écriture[1]; et, précisément, l'Épître de saint Paul énonce une cause de dissolution. Cela cadrait très bien avec la théorie qui rattachait l'indissolubilité du mariage au sacrement : le mariage entre infidèles, malgré quelques opinions en sens contraire, ne pouvait point être considéré comme un sacrement[2], et bien peu de théologiens ont admis que ce mariage prît le caractère de sacrement lorsqu'un seul des conjoints s'était converti à la foi chrétienne[3]. Mais cela s'accorde moins bien avec la doctrine qui rattache l'indissolubilité au droit naturel. Aussi semblerait-il, par un passage d'une de ses lettres, qu'Yves de Chartres, qui à plusieurs reprises affirme très nettement cette doctrine, n'ait pas admis la dissolution du mariage dans cette hypothèse[4]. Cependant, d'autre part, il a inséré dans

1. Pierre Lombard, *Sent.*, IV, D. XXXIX, *I* : « Copula ergo maritalis quæ est inter infideles conjugium est legitimum sed non ratum. Legitimum quia est inter legitimas personas; sed non ratum quia sine fide. » *Dictum Gratiani*, sur c. XVII, C. XXVIII, qu. 1 : « Legitimum conjugium est quod legali institutione vel provinciæ moribus contrahitur. Hoc inter infideles ratum non est, quia non est firmum et inviolabile conjugium eorum. Dato enim libello repudii, licet eis discedere ab invicem et aliis copulari, lege fori non lege poli, quam non sequuntur. »

2. Sanchez, *op. cit.*, lib. II, disp. VII et VIII.

3. Perrone, *op. cit.*, tome II, p. 311 : « Ast quid sentiendum de matrimonio eorum infidelium, ex quibus alter fit christianus et baptizatur, altero conjuge in infidelitate permanente; evadet ne ex parte conversi sacramentum ejusmodi conjugium? Respon. negative, quia alioquin non posset ullo in casu dissociari; attamen certum est, quod si infidelis post aliquod tempus nolit amplius cum parte fideli sine injuria Creatoris cohabitare, possit conjugium solvi, ita ut fidelis novas valeat contrahere nuptias. »

Ep. CCXXX, p. 401 : « Hoc ergo mihi considerandum videtur de muliere quæ relicto judaismo convolavit ad baptismum, utrum consanguinea fuerit prioris mariti an non. Quod si repertum fuerit, credo secundum legem christianam quam professa est a priori marito posse dissolvi et nubere cui velit in Domino; *alioquin vir cui nupserit adulter erit et ipsa adultera*; baptismus enim, secundum Innocentium papam, peccata dirimit non conjugia solvit. »

sa *Panormie* des textes formels permettant cette dissolution [1]. Mais cette cause de divorce était consacrée par des textes trop vénérables et par une tradition trop certaine, pour qu'elle pût être éliminée du droit canonique. On a vu, d'ailleurs, que ceux qui soutiennent l'indissolubilité de droit naturel ne lui donnent point, à ce seul titre, un caractère absolu : ils admettent que lorsque la pleine signification du sacrement ne s'y ajoute pas, elle peut céder en vertu d'une décision formelle contenue dans l'Écriture, et ils font une application particulière de cette idée dans notre hypothèse [2].

Cette cause de divorce, ainsi maintenue et justifiée par l'Église, avait dû aussi être précisée d'un autre côté. Certains Pères de l'Église, en particulier saint Augustin, semblaient reconnaître à l'époux converti le droit absolu de répudier son conjoint resté infidèle, tout en lui conseillant de ne pas user de ce droit : par le seul fait de la conversion, cette faculté de répudiation lui eût été ouverte, quelle que fût d'ailleurs l'attitude et la conduite du conjoint infidèle [3]. Telle est aussi la pensée qui apparaît dans les *Libri pœnitentiales*; car ils autorisent l'époux converti à répudier son conjoint, si ce dernier ne veut point également se convertir [4]. Mais cette doctrine

1. Lib. VI : *Conjugium debet esse inter homines ejusdem religionis*, c. VI. (Éd. Brant, p. 134).

2. Perrone, *op. cit.*, tome II, p. 312 : « Ast id non fit ex auctoritate Ecclesiæ quæ non potest dissolvere quod Deus conjunxit, neque ad id potestatem hanc a Deo est assecuta, sed immediate a Dei privilegio in favorem fidei, ut exponit cum communi theologorum Benedictus XIV. » — Pour cette difficulté, voyez, parmi les anciens, Panormitanus sur c. VII, X, *De divort.*, IV, 19, n° 5 : « Cum matrimonium sit verum inter infideles non videtur quod possit separari, non obstante defectu baptismi. Nam Christus interrogatus a Judæis, qui non habebant baptismum, respondit : Quod Deus conjunxit, homo non separet. Sic ostendit indissolubilitatem matrimonii etiam inter infideles... Nec obest quod dicitur : Quod Deus conjunxit, homo non separet, quia non est homo qui dissolvit in illo casu, sed Ecclesia authoritate divina. Nam Ecclesia interpretatur in hoc jus divinum et inducit hoc etiam favore fidei ne infideles tepescerent redire ad fidem, videntes se arctari ad continentiam, uxoribus renuentibus secum cohabitare. »

3. C. VIII et IX, C. XXVIII, qu. 1.

4. Voyez Wasserschleben, *op. cit.*, *Pœnitentiale Theod.*, II, 12, § 18 : « Si

est formellement repoussée par Pierre Lombard et par Gratien. Tous deux s'accordent à décider, en termes presque identiques, que l'époux converti ne pourra répudier son conjoint infidèle que si celui-ci refuse de continuer la vie commune ou la rend insupportable au chrétien à raison de sa religion : dans ce dernier cas, il y a une *contumelia creatoris*, un outrage, semblable à l'adultère, qui justifie le divorce. Pour laisser une valeur aux textes anciens et plus larges, les deux docteurs décident, que faute de ces griefs, l'époux converti pourra bien abandonner son conjoint, mais, alors, il ne pourra pas se remarier[1]. La libre faculté de répudiation s'est changée en une cause de divorce déterminée, et c'est le droit définitif des Décrétales[2]. La théorie de Gratien et de Lombard semble seulement avoir été retouchée en un point : la simple conversion de l'un des époux ne lui donnerait pas le droit de se séparer de son conjoint, même sans contracter un nouveau mariage; c'est la *contumelia creatoris* qui, seule, lui donnerait ce droit en lui fournissant en même temps une cause de divorce proprement dit[3].

cujus uxor est infidelis et gentilis et non potest converti, dimittatur. » De même, *Pœnit. Gregor.*, c. LXXV, LXXVI, LXXVII; *Dacher.*, XXVIII, LXX; *Mart.*, LXIX, *Ps. Egbert*, XVII; *Pœnit. XXV*, *Cap.*, tit. IX, c. I.

1. *Dictum*, sur c. II, C. XXVIII, qu. 2 : « His distinguendum est, aliud esse dimittere volentem cohabitare, atque aliud discedentem non sequi. Volentem enim cohabitare licet quidem dimittere, sed non, ea vivente, aliam superducere; discedentem vero sequi non oportet et, ea vivente, aliam ducere licet. » — Pierre Lombard, *Sent.*, IV, D. XXXIX, *G* : « Sed distinguendum est hic aliud esse dimittere volentem cohabitare, aliud esse dimitti propter Deum ab illo qui horret nomen Christi. Ibi lex benevolentiæ non servatur, hic veritas custoditur. Et ideo cum liceat dimittere volentem cohabitare, non tamen, ea vivente, aliam ducere licet. Discedentem vero sequi non oportet, et, ea vivente, aliam ducere licet. »

2. C. VII, X, *De divort.*, IV, 19 : « Si enim alter infidelium conjugum ad fidem catholicam convertatur, alter vero vel nullo modo, vel non sine blasphemia divini nominis vel ut eum pertrahat ad mortale peccatum, ei cohabitare volente, qui relinquitur ad secunda, si voluerit, vota transibit. » C. VIII, *ibid.*

3. Glose sur c. VIII, X, *De divort.*, IV, 9, v° *Compelletur* : « Alii dicunt quod matrimonium ipso jure non solvitur *sed jus matrimonii solvitur, id est jus petendi debitum*, et hoc satis videtur dicere littera, supra capitulo proximo

Si les deux époux infidèles s'étaient convertis au christianisme, leur mariage devenait parfait ; la qualité de sacrement, qui lui avait manqué jusque-là, s'y attachait, sans qu'il fût besoin d'aucun acte nouveau, et, par là même, il devenait absolument indissoluble. Telle était, du moins, la pensée des anciens docteurs [1], bien que, parmi les théologiens modernes, ce point ait fait l'objet de vives controverses [2].

Cette théorie curieuse sur le mariage des infidèles et sur l'effet que produisait, par rapport à lui, la conversion, soit des deux conjoints, soit surtout d'un seul époux, avait été fouillée plus profondément encore par les canonistes. La raison en est qu'au moyen âge c'était encore en Occident un sujet pratique, soit à raison des conversions des juifs [3], soit à cause de l'évangélisation tardive de certaines peuplades slaves, scandinaves ou finnoises [4], soit enfin par suite des rapports que les croisades établirent entre les chrétiens et les musulmans [5].

Le mariage contracté entre deux infidèles était, nous l'avons vu, maintenu comme légitime après la conversion à la foi

(c. VII) : ibi contumelia Creatoris solvit jus matrimonii. » Cf. Hostiensis, *Summa*, p. 388 : « In contumelia Creatoris solvitur jus matrimonii circa eum qui relinquitur in fide ; et expone jus matrimonii, jus quod provenit ex matrimonio, id est quo alter alteri tenetur reddere carnale debitum. » Mais, cf saint Thomas d'Aquin, *Summa, tertiæ part. Supplem.*, qu. 59, art. 4 : « Ille autem qui ad baptismum accedit regeneratur in Christo, et priori vitæ moritur, cum generatio unius sit corruptio alterius ; et ideo liberatur ab obligatione, qua uxori tenebatur reddere debitum, et ei cohabitare non tenetur, quando converti non vult. »

1. Pierre Lombard, *Sent.*, IV, D. XXXIX, *E* : « Si vero ambo crediderint, per cognitionem Dei *confirmatur* conjugium. » — Saint Thomas d'Aquin, *Summa tertiæ part. Suppl.*, qu. 59, art. 2, *Ad primum* : « Et tamen etiam matrimonium tale est aliquomodo sacramentum habitualiter, quamvis non est actualiter, eo quod actu non contrahunt in fide Ecclesiæ. »

2. Sanchez, *op. cit.*, l. II, disp. IX ; Perrone, *op. cit.*, tome II, p. 296 et suiv.

3. Panormitanus, sur c. VII, X, *De divort.*, IV, 19 : « Ex hoc habes casum quotidianum in istis judæis qui quandoque veniunt ad fidem, uxoribus remanentibus in judaismo. »

4. C. IX, X, *De divort.*, IV, 9 ; constitution du pape Urbain III adressée à l'évêque de Livonie. Voyez sur ce texte les notes de Gonzalez Tellez (tome IV, p. 273).

5. C. XV, X, *Qui filii sint leg.*, IV, 17 ; c. VIII, X, *De divort.*, IV, 19 ; c. IV, X, *De consang.*, IV, 14.

chrétienne des deux conjoints ou de l'un deux. Le principe était certain ; mais était-il toujours possible de l'appliquer? Le mariage, en effet, avait peut-être été contracté conformément à une loi très différente du droit canonique, qui régissait dorénavant l'époux chrétien ; pour que l'union pût être maintenue comme légitime, ne fallait-il pas au moins que cette loi ne fût pas en contradiction avec les principes du droit canonique? De là, des questions très délicates.

Il arrivait souvent que les deux époux étaient parents à un degré où le droit canonique, très sévère sur ce point, annulait le mariage entre parents, tandis que la loi du peuple infidèle le considérait comme valable. L'époux devenu chrétien pouvait-il persister dans cette union? Yves de Chartres ne le pensait pas. Il déclare que l'époux chrétien doit alors voir son mariage dissous, conformément à la loi chrétienne dont il a fait profession[1]. Mais ce n'est pas la solution à laquelle s'arrêta le législateur. Par une exacte application des vrais principes juridiques, les papes Urbain III[2] et Innocent III[3] décidèrent que, le mariage en question étant reconnu valable et légitime dès sa formation, il fallait, pour apprécier ses conditions de validité, considérer seule la loi à laquelle étaient soumis les époux lorsqu'ils avaient contracté. Cette loi, c'était leur loi nationale, et peu importait qu'elle différât du droit canonique, auquel ne sont pas soumis les infidèles[4]. Mais cette thèse comportait une restriction importante. Il fallait, pour

1. *Ep. CCXXX*, p. 401 : « Hoc ergo mihi considerandum videtur de muliere quæ, relicto judaismo, convolavit ad baptismum, utrum consanguinea fuerit prioris mariti, an non : Quod si repertum fuerit, *credo secundum legem christianam quam professa est a priori marito posse dissolvi, et nubere cui velit in Domino.* » En employant le mot *consanguinea*, sans autre détermination, Yves certainement a en vue la parenté jusqu'au degré où le droit canonique prohibait le mariage entre parents. »

2. C. VIII, X, IV, 19, et c. IV, X, IV, 14.

3. C. XV, X, IV, 17.

4. Certains canonistes expliquaient autrement les décisions des papes Urbain III et Innocent III ; ils disaient que, dans ces cas, le pouvoir pontifical validait le mariage par une dispense. Sur cette opinion, assez peu juridique, voyez Covarruvias, *Opera*, I, p. 176.

qu'elle s'appliquât, que la prohibition de mariage fondée sur la parenté ne dérivât, dans l'hypothèse, que du droit canonique proprement dit, de la *constitutio ecclesiastica*; il ne fallait pas qu'elle dérivât du droit naturel ou du droit divin, car les infidèles, comme les chrétiens, relèvent au yeux des canonistes non seulement du droit naturel, mais encore du droit divin positif[1]. Restait à savoir pour quels degrés de parenté la prohibition reposait sur le droit naturel ou divin : c'est une question que j'examinerai plus tard, en traitant des dispenses.

Il pouvait se faire que la loi nationale des infidèles permît la polygamie, et qu'au moment où le mari devenait chrétien il eût ainsi plusieurs femmes. Malgré les souvenirs bibliques sur les anciens patriarches, le droit canonique ne pouvait admettre qu'un chrétien vécût en état de polygamie. Mais, alors, que décider par rapport à ces diverses femmes, toutes légitimement unies à leur mari selon leur loi nationale? Les canonistes déclarèrent que le principe de monogamie était une règle de droit naturel et divin, dont, par conséquent, le respect s'imposait, même aux infidèles[2]. Il en résultait que, seul, le mariage contracté par le mari infidèle avec sa première femme avait été légitime : toute autre union contractée par lui avec une autre femme, du vivant de la première, était nulle, et devait être considérée comme non avenue après sa conversion au christianisme[3].

Le divorce faisait naître une question semblable. L'époux converti avait, *in infidelitate*, répudié son conjoint, conformément à leur loi nationale : ce divorce était-il maintenu,

1. Panormit., sur c. VIII, X, *De divort.*, IV, 19, nos 1, 2 : « Lex canonica in prohibitione matrimonii non extenditur ad infideles, et idem dicendum est in aliis spiritualibus... lex divina omnes infideles comprehendit, unde matrimonium eorum contractum contra legem divinam est nullum. »

2. C. VIII, X, *De divort.*, IV, 19 : « Sine dubitatione qualibet protestamur quod nulli unquam licuerit insimul plures habere uxores, nisi cui fuit divina revelatione concessum. » — Panormit., sur ce chapitre, n° 7 : « Nota quod non licitum est cuicumque quantumcumque infideli ducere seu habere eodem tempore plures uxores, hoc enim est contra legem divinam. »

3. Sanchez, *op. cit.*, lib. VII, disp. LXXIII, n° 5 et disp. LXXX, n° 14.

reconnu valable, par le droit canonique, après la conversion? Il semble bien qu'il dût en être ainsi, du moment qu'on déclarait le mariage des infidèles *verum sed non ratum*. Cependant, ce fut l'idée, d'après laquelle l'indissolubilité du mariage dérive du droit naturel et divin, qui l'emporta encore ici. On admit que, pour l'époux devenu chrétien, ce divorce était non avenu avec toutes ses conséquences[1]. Il résultait de là que, dès lors, si le conjoint répudié le réclamait, il était obligé de reprendre avec lui la vie conjugale, alors même qu'à la suite du divorce l'un d'eux, ou tous les deux eussent contracté avec une tierce personne une nouvelle union. On n'admettait d'exception à cette règle que si le divorce avait eu pour cause l'adultère du conjoint répudié[2]. D'autre part, l'époux converti ne pouvait contracter un nouveau mariage que si son conjoint répudié refusait d'habiter avec lui, ou n'y consentait pas *sine contumelia Creatoris*.

Toutes ces questions, résultant de la conversion des infidèles mariés, ont acquis, dans les temps modernes, une nouvelle importance par l'extension qu'ont prise les missions catholiques dans les pays lointains, où la civilisation est très peu avancée ou fort différente de la nôtre. Aussi, est-ce un des points sur lesquels le droit canonique moderne fournit un certain nombre de décisions intéressantes : j'y reviendrai donc dans la troisième partie de cet ouvrage.

1. C. VIII, X, *De divort.*, IV, 19 : « Qui vero secundum ritum suum legitimam repudiavit uxorem, cum tale repudium veritas in Evangelio reprobaverit; nunquam, ea vivente, licite poterit aliam, etiam ad fidem Christi conversus, habere, nisi post conversionem ipsius illa renuat habitare cum ipso... Quod si conversum ad fidem et illa conversa sequatur, antequam propter causas prædictas legitimam ille ducat uxorem, eam recipere compellitur. Et quamvis secundum evangelicam veritatem, qui duxerit dimissam mœchatur, non tamen dimissor poterit objicere fornicationem dimissæ pro eo quod nupserit ali post repudium, nisi alias fuerit fornicata. »

2. Panormit., sur c. VIII, X, *De divort.*, IV, 19, n° 9 : « Nota quod repudium factum in infidelitate non valet post conversionem ad fidem ; nec etiam primo valuit secundum veritatem. Nota quod repudiata secundum ritum paganorum contrahens cum aliquo non contrahit adulterium; ideo maritus conversus ad fidem non potest illi volenti redire objicere adulterium. »

La cause de divorce fondée sur le *casus apostoli* ou *privilegium Paulinum* ayant été maintenue, les canonistes avaient été naturellement conduits à déterminer comment, juridiquement, elle opérait. D'après une première opinion, elle opérait de plein droit : dès que l'époux resté païen refusait de cohabiter avec son conjoint converti, ou ne voulait continuer la cohabitation que dans des conditions incompatibles avec la foi chrétienne, le lien conjugal était rompu ; l'époux chrétien avait immédiatement et irrévocablement recouvré sa liberté. Il en résultait qu'il n'était point nécessaire que le divorce fût judiciairement prononcé, et que l'époux païen était immédiatement déchu de ses droits. Alors même qu'il se serait converti lui-même, avant que son conjoint eût contracté un nouveau mariage, il était trop tard ; son repentir ne pouvait lui donner le droit de forcer son ancien époux à le reprendre. C'est l'opinion qui est suivie dans la glose du Décret[1], et elle paraît avoir eu d'abord beaucoup de partisans. Cependant, c'est l'idée contraire qui devait l'emporter. Elle paraît bien servir de fondement à une décision d'Innocent III, d'après laquelle, lorsque l'époux païen a refusé de continuer la cohabitation avec son conjoint, s'il se convertit à la foi chrétienne avant que celui-ci se soit remarié, il peut le forcer à le reprendre. S'il en est ainsi, n'est-ce pas que le mariage subsiste toujours[2] ? Les tenants de la première opinion cherchèrent bien à atténuer la force de l'argument, en disant qu'il y avait là une décision de faveur, une sorte de *jus postliminii* quant au mariage[3] ; mais c'était une explication subtile et forcée. Cette solution, qui conduisait à

1. Glose sur c. VII, C. XXVIII, qu. 1, v° *Libertatem* : « Nam dico quod ipso jure solvitur vinculum matrimonii, non per sententiam Ecclesiæ sed ipso jure, seu tribus casibus in quibus contrahere potest ; nam contumelia Creatoris solvit jus matrimonii. » — Glose sur c. II, C. XXVIII, qu. 2, v° *Solvit* : « Hanc glossam non approbo, quia sine judicio Ecclesiæ dissolvitur matrimonium. »

2. Glose sur c. VIII, X, *De divort.*, IV, 19, v° *Compelletur* : « Et hoc videtur quod contumelia Creatoris non solvit jus matrimonii ipso jure ; alias si solutum fuisset jus matrimonii non compelleretur eam recipere. »

3. Glose sur c. VIII, X, *De divort.*, IV, 19, v° *Compelletur* : « Licet matrimonium sit solutum tamen restituitur quasi jure postliminii, sicut hæretico re-

exiger un jugement[1] prononçant le divorce, avait, d'ailleurs, l'avantage de donner aux parties le temps de réfléchir plus mûrement. Il fallait au moins une procédure et une mise en demeure préalable de l'époux infidèle[2]. Cependant, Panormitanus tenait encore que cette mise en demeure par voie judiciaire n'était pas nécessaire; il suffisait, suivant lui, que la volonté du conjoint infidèle fût constatée sûrement, d'une manière quelconque, pour que le divorce s'en suivît[3]. Il est certain, dans tous les cas, que le jugement n'avait pas pour effet de résoudre irrémédiablement le lien conjugal. Tant que l'époux converti ne s'était pas remarié, même après le jugement, le conjoint infidèle pouvait, en se convertissant à son tour, réclamer auprès de lui le titre d'époux[4].

Lorsqu'ils se trouvent en face d'une règle singulière ou importante, édictée pour un cas déterminé, les jurisconsultes sont souvent, et naturellement, conduits à se demander si, dans l'hypothèse inverse, il ne faut pas renverser simplement la

verso restituuntur alia bona. » — Gofredus, *Summa*, *De divort.*, p. 192 : « Et intelligo quod matrimonium reconciliatum erit novum matrimonium. Nec mireris quod quis ad novum matrimonium compellatur; hoc enim contingit favore religionis. »

1. Déjà, Johannes Teutonicus recueillait une glose dans ce sens, tout en la blâmant; glose sur c. II, C. XXVIII, qu. 2, v° *Solvit* : « Ecclesia tamen debet sententiare. Sed quid si illa uxor non vult venire ad causam, cum non sit de foro Ecclesiæ? Si potest constare Ecclesiæ quod non vult cohabitare, sententiet. »

2. Panormit., sur c. VII, X, *De divort.*, IV, 19, n° 7 : « In ea glosa, quasi dicat non esse opus ut judex ferat sententiam, sed ipso facto ex contumelia Creatoris separatur matrimonium; dicit tamen Ho(stiensis) tutius esse ut a judice statuatur terminus infideli ad cohabitandum cum converso, quo elapso, si noluerit cohabitare, solutum erit matrimonium. »

3. Sur c. VIII, X, *De divort.*, IV, 19, n° 15 : « Inter infideles debet judex præfigere terminum remanenti in infidelitate, ut cohabitet fideli (secundum Hostiensem) : quod si noluerit, dissolvitur matrimonium, et sic sentit quod ante præfixionem termini non est matrimonium solutum. Hoc dictum mihi non placet, licet utile sit illud a principio servare, ut clare appareat de voluntate infidelis, satis est enim quod aliis modis apparere possit, quod noluit cum fideli habitare. »

4. Glose sur c. VIII, *De divort.*, IV, 19, v° *Compelletur* : « Et tunc vere primo solvitur matrimonium quando contrahit cum secunda, et non ante; quia si esset ex toto solutum, non compelleretur eam recipere. »

solution. C'est ce qui se présenta ici. L'hypothèse inverse, c'était le cas où l'un de deux époux chrétiens apostasiait en répudiant la foi chrétienne, ou devenait hérétique (pour ceux qui, en cette matière, assimilaient l'hérésie à la qualité d'infidèle). Ne fallait-il pas admettre que, là aussi, l'époux chrétien pouvait invoquer une cause de divorce proprement dit et contracter un nouveau mariage, si l'époux apostat refusait de continuer la vie commune ou ne la continuait qu'en mépris de la foi chrétienne? De fortes raisons pouvaient être invoquées en ce sens. Le sort de l'époux resté fidèle à sa foi semblait plus intéressant encore, au point de vue chrétien, que celui du converti, qui, somme toute, avait volontairement contracté mariage avec un infidèle ; et la *contumelia Creatoris* paraissait plus odieuse lorsqu'elle procédait d'un apostat que lorsqu'elle provenait d'un païen. Aussi, dans ce cas encore, deux papes, Célestin III[1] et Urbain III[2], admirent-ils formellement le divorce. Mais cette solution ne devait pas prévaloir. En effet, le divorce n'avait été maintenu dans le *casus apostoli*, proprement dit, que grâce à cette considération que le mariage des infidèles, n'étant pas un sacrement, n'était pas absolument indissoluble. Or, ici, le mariage ayant été contracté entre deux chrétiens avait eu, dès l'origine, le caractère sacramentel; il avait pris ainsi une indissolubilité absolue, dès qu'il avait été

1. C. I, X, *De convers. infid.*, III, 33 : « Idem si quidem juris erit in sequenti casu, quem proponere studuisti, quum *S.* christiano viro propter odium uxoris Christum negante et sibi copulante paganam et ex ea filios procreante, christiana in opprobrium Jesu Christi relicta, cum assensu archidiaconi sui ad secundas nuptias convolavit et filios suscepit ex ipsis ; non enim videtur nobis, quod si prior maritus redeat ad unitatem ecclesiasticam, eadem a secundo debeat recedere et resignari priori, maxime quum ab eo visa fuerit Ecclesiæ judicio discessisse, et, teste Gregorio, contumelia Creatoris solvat jus matrimonii circa eum qui relinquitur odio fidei christianæ. »

2. C. VI, X, *De divort.*, IV, 19 : « De illa vero quæ, viro suo labente in hæresim, ipsius consortium sine judicio Ecclesiæ declinavit, *utrum revertente illo ad catholicam unitatem, ad reintegrandum matrimonium sit cogenda* videtur quod... ei, quum reversus fuerit est reddenda. Si vero judicio Ecclesiæ ab eo *sine spe matrimonii redintegrandi* discessit, ad recipiendum eum nullatenus eam dicimus compellendam. » Les mots en italiques ont été supprimé dans le texte inséré aux décrétales de Grégoire IX.

consommé, et rien ne pouvait le rompre désormais que la mort de l'un des époux. C'est ce que décida, en termes précis, Innocent III [1], qui rappelle d'ailleurs la décrétale contraire de Célestin III. Raymond de Pénafort supprima, dans ce dernier texte, le passage ainsi condamné; quant à la décrétale d'Urbain III, il l'inséra, avec quelques légers retranchements, et elle put ainsi être entendue comme visant un simple *divortium quoad torum*. La décision d'Innocent III, fondée sur des principes admis partout, avait fait jurisprudence définitive.

III

L'impuissance, *impossibilitas coeundi*, est, en droit canonique, un empêchement dirimant, lorsqu'elle est antérieure au mariage. C'est un des points sur lesquels se manifeste le plus nettement cette conception naturaliste dont j'ai parlé plus haut. Mais, cependant, cet empêchement dirimant s'introduisit assez péniblement; il ne se dégagea avec son caractère propre que lorsqu'on eût définitivement exclu le divorce fondé sur l'impuissance. Ici, comme sur d'autres points, c'est véritablement une cause de divorce, anciennement admise, qui s'est changée en un empêchement dirimant.

Le droit romain ne paraît pas avoir considéré l'impuissance comme une cause de nullité du mariage. Le divorce, largement admis, même sous la forme de la répudiation, permettait de dénouer les unions où figurait un impuissant, et l'on évitait par là des difficultés de preuve presque insurmontables. Il est vrai qu'un texte d'Ulpien déclare nul le mariage contracté par un castrat [2]; mais, quoique cette règle spéciale pût se concevoir à côté du principe général que je viens d'indiquer, il

1. C. VII, X, *De divort.*, IV, 19.

2. L. 39, § 1, D. *De jur. dot.*, XXIII, 3 : « Si spadoni mulier nupserit distinguendum arbitror, castratus fuerit necne, ut in castrato dicas dotem non esse; in eo qui castratus non est, quia est matrimonium et dos et dotis actio est. » — Cf. Gaius, I, 103; L. 40, § 2, D, I, 7; L. 9 pr., D. XXVIII, 2.

est probable que c'est là une opinion isolée et particulière. En effet, l'empereur Léon le Philosophe édicte, comme une règle nouvelle, la prohibition et la nullité du mariage des eunuques [1].

Le divorce fondé sur l'impuissance de l'époux, pendant longtemps, ne reçut pas de réglementation spéciale; il était parfaitement justifié et exempt de toute peine; il se présentait sans doute le plus souvent sous la forme du *divortium bona gratia*, comme celui qui avait pour cause la stérilité de la femme [2]. Mais cette réglementation devint nécessaire lorsque, au Bas-Empire, les lois impériales frappèrent les divorces de peines civiles, sauf lorsqu'ils reposaient sur certains motifs limitativement déterminés. L'une de ces causes légitimes de répudiation, maintenues par la loi, fut l'impuissance; du moins, une Constitution de Justinien vint l'inscrire sur cette liste [3]. Cette constitution permit à la femme ou à ses parents d'adresser le *libellus repudii*, lorsque le mariage avait duré deux ans sans que le mari pût établir les relations conjugales : la femme alors ne perdait point sa dot, mais elle ne gagnait pas non plus la *donatio propter nuptias*. Cela fut confirmé par la *Novelle* 22, c. VI, qui porta seulement le temps d'épreuve de deux à trois ans [4].

Les coutumes germaniques ne paraissent pas avoir pris l'impuissance en considération quant à la validité du mariage, et elles avaient, sur le divorce, un système très simple. Le divorce par consentement mutuel était toujours possible, et le droit de répudiation appartenait pleinement au mari, sauf que, s'il répudiait sans juste cause, il devait une amende à la

1. *Const. XCVIII*; l'empereur pose la question comme nouvelle : « Justum est ergo ut nunc etiam de hac specie, an eunuchos in matrimonium conjung liceat, in quæstione ducta, lex enascatur ». Il la discute longuement avant de la résoudre.

2. L. 60, 61, D. *De don. inter vir. et ux.*, XXIV, 1.

3. L. 10, C. *De rep.*, V, 17.

4. Sur tout ce développement en droit romain, on peut consulter : Sehling, *Die Wirkungen des Geschlechtsgemeinschaft auf die Ehe*, Leipzig, 1885, p. 1 et suiv.

femme ou à ses parents [1]. Au contraire, la femme et ses parents n'avaient jamais le droit de répudier le mari [2].

L'Église d'Occident semble tout d'abord s'être attachée aux solutions du droit romain et s'être efforcée de les faire prévaloir sur les coutumes étrangères. Par là, en effet, à une époque où elle n'avait pas encore imposé comme une règle absolue l'indissolubilité du mariage, elle donnait satisfaction à l'un des principes qu'elle avait proclamés de bonne heure : l'égalité de la femme et du mari. Cela est attesté par le *Pœnitentiale Theodori* [3], dont l'influence fut si grande et qui contient la règle suivante : *Si vir et mulier conjunxerint se in matrimonio et postea dixerit mulier de viro non posse nubere cum ea, si quis poterit probare quod verum sit, accipiat alium* [4]. Il ressort même, d'une lettre authentique du pape Grégoire II, que l'Église permettait parfois le divorce, lorsque l'impossibilité, de la part d'un des époux, d'entretenir les relations conjugales ne s'était manifestée qu'au cours du mariage. Je reviendrai plus loin sur ce texte qui, inséré au Décret de Gratien [5], a donné bien du mal aux canonistes, désireux de le concilier avec le principe triomphant de l'indissolubilité.

La règle contenue dans le *Pœnitentiale Theodori* passa dans le droit public et ecclésiastique de la monarchie carolin-

1. Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, tome II, p. 617 et suiv.

2. Löning, *op. cit.*, II, p. 618 ; Cf. p. 620.

3. Ce *Pénitentiel* porte le nom de Théodore de Canterbury, mort en l'an 690. Il semble même, à lire le Décret de Gratien, qu'il existe sur cette matière un texte plus ancien. Le c. 1, C. XXXIII, qu. 1, qui prononce la dissolution du mariage lorsque la femme peut prouver, *per justum judicium*, l'impuissance du mari, est donné comme une lettre du pape Grégoire à Jean, évêque de Ravenne ; et, par là, on désignait sans doute Grégoire Ier. Mais ce texte n'est pas autre chose qu'un passage d'une lettre de Rabau Maur à Heribald, de l'année 853 (Voyez dans Friedberg, tome I, p. 1149). Déjà nos anciens Gallicans abandonnaient cette attribution qui se trouve aussi dans le Décret de Burchard (IX, 40) : *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, édit. 1735, tome III, p. 155 : « Les deux papes, saint Grégoire le Grand, *ou un autre pape cité sous son nom*, et Grégoire II ont suivi cette jurisprudence, quand ils ont dissous des mariages pour cause d'impuissance. »

4. Wasserschleben, *Bussordnungen*, p. 216, n° 32.

5. C. XVIII, C. XXXII, qu. 7.

gienne. Si l'on en croit Hincmar de Reims, elle aurait été adoptée au concile de Leptine en 743 [1]. Mais il est fort douteux que cette indication soit exacte. Hincmar ici, comme plus tard pour une autre disposition le fera Fulbert de Chartres, semble avoir attribué au synode de Leptine des décisions prises à l'assemblée de Compiègne [2]. Dans ce dernier synode, tenu en l'année 757, le divorce fondé sur l'impuissance du mari fut en effet admis, mais avec cette restriction, que, sur cette question délicate de l'impuissance, on s'en rapporterait à la déclaration du mari lui-même. L'évêque Georges, représentant de la papauté, accepta expressément cette doctrine [3]. Il s'agit là certainement d'un véritable cas de divorce, comme le montrent les autres dispositions au milieu desquelles celle-là est placée [4]. D'ailleurs, ce point fut promptement retouché au concile de Verberie, tenu en 758 ou 768 [5] : le chapitre XVII du Capitulaire qui fut alors rendu substitue, comme moyen de prouver l'impuissance, à l'affirmation du mari l'épreuve de la croix [6].

On peut remarquer que Benedictus Levita donne deux textes sur la question, d'ailleurs presque identiques, où le di-

1. *Ad Rodulfum et Frotarium archiepiscopos de nuptiis Stephani*, (*Opera*, éd. Sirmond, II, p. 657) : « Et in synodo apud Leptinas habito, cui sub Carlomanno principe Georgius episcopus et Johannes Sacellarius ac sanctus Bonifacius, ex præcepto Zachariæ papæ, præsiderunt, legitur ut si vir mulieri desponsatæ, dotatæ ac publicis nuptiis ductæ, secundum apostolum debitum conjugale non potuerit reddere et hoc, aut amborum confessione, aut certa qualibet adprobatione, fuerit manifestum, ut separentur, et mulier, si continere nequiverit, alteri viro legaliter nubat. »

2. Boretius, *Capitularia*, I, p. 27.

3. *Decretum Compendiense*, c. XX (Boretius, I, p. 39) : « Si quis vir accepit mulierem et habuit illam aliquo tempore et illa dicit quod non mansisset cum ea, et vir dicit quod sic fecit, in veritate viri consistat, quia caput est mulieris. De muliere quæ dicit quod vir suus ei commercium maritale non reddidit, Georgius consensit. »

4. Voyez spécialement les c. XIX et XXI.

5. Je suis l'opinion de Boretius qui donne le *Decretum Vermeriense* comme postérieur au *Decretum Compendiense*.

6. Boretius, I, p. 41 : « Si quæ mulier se reclamaverit quod vir suus nunquam cum ea mansisset, exeant inde ad crucem et, si verum fuerit, separentur et illa faciat quod vult. »

vorce pour impuissance du mari est reconnu, mais où n'est point déterminée la manière de prouver l'impuissance[1].

D'ailleurs, on ne prenait en considération que l'impuissance du mari ; et même on ne permettait de l'invoquer qu'à la femme seule. Le mari ne pouvait alléguer sa propre impuissance pour demander la dissolution du mariage. C'est ce que décide expressément un texte de provenance incertaine, qui, dans cette matière, exerça encore son influence à d'autres points de vue, et qui est attribué au pape Grégoire (Ier ou II)[2] dans le décret de Gratien, comme dans les recueils qui l'avaient accueilli précédemment. Ce texte justifiait ainsi la solution qu'il donnait : si le mari était véritablement impuissant, il ne pouvait pas être admis à contracter une nouvelle union, et, par suite, il n'avait pas un intérêt suffisant à faire annuler le premier lien ; d'autre part, on pouvait craindre justement que, de sa part, il n'y eût là qu'une feinte, pour se délivrer d'une épouse qui lui était devenue odieuse.

Jusque-là, on ne s'était pas inquiété, en théorie, de concilier ce cas de divorce avec le principe de l'indissolubilité du mariage. C'est Hincmar de Reims qui paraît avoir le premier tenté la conciliation juridique. Il établissait, nous l'avons vu, que le mariage n'était point un sacrement et que, par suite, il n'était pas parfaitement indissoluble, tant que la *copula carnalis* n'était pas intervenue entre les époux. Il en résultait, que, sans violer aucun principe, l'impuissance qui existait au moment du mariage, et qui empêchait la consommation de celui-ci, pouvait être considérée comme une juste cause de dissolution et de divorce. C'est, en effet, à ce point de vue que se place très

1. Bened. Levita, VI, 55 : « Si vir et mulier conjunxerint se in matrimonium et postea dixerit mulier de viro non posse illum nubere cum ea, si ea poterit probare quod verum sit, accipiat alium. » Le second texte, VI, 91, ajoute seulement ces mots : « Eo quod juxta apostolum non potuit illi reddere vir suus debitum. » — On remarquera que ce membre de phrase figure justement dans le passage où Hincmar prétend reproduire la décision du synode de Leptine, ci-dessus p. 235, note 1.

2. C. II, C. XXXIII, qu. 1. Voir dans l'édition de Friedberg les références aux recueils antérieurs. Cf. Lombard, *Sent.*, IV, D. XXXIV *B*.

nettement Hincmar [1], et il donna, par là même, une base solide à la théorie de l'impuissance. Il a fait plus, et, par un autre point, il a laissé sur cette théorie une empreinte qu'elle devait conserver plus profondément encore. Il a accueilli les préjugés populaires qui attribuaient, la plupart du temps, l'impuissance au sortilège. Il décide, en effet, qu'il ne faut point se hâter de prononcer le divorce dès que l'impuissance est constatée : il faut soigneusement rechercher si elle est naturelle ou si elle provient du sortilège [2]. Dans ce dernier cas, comme c'est à raison des péchés des hommes que Dieu permet au démon de les frapper ainsi, il faudra, avant de rien décider, exhorter ceux qui sont victimes de tels accidents à confesser leurs péchés et à faire pénitence. Les exorcismes seront aussi employés, et c'est seulement après avoir tenté ces remèdes spirituels et constaté leur inefficacité, que l'autorité ecclésiastique prononcera le divorce [3]. Ce texte, reproduit dans les recueils de droit canonique qui faisaient autorité avant Gratien et dans le Décret de Gratien lui-même [4], fit entrer dans le droit canonique l'impuissance dérivant du maléfice. Ajoutons, pour en finir avec la théorie d'Hincmar, que, très logiquement, admettant le divorce fondé sur l'impuissance, il le déclarait

1. *De nuptiis Stephani*. *Opera*, II, p. 665 : « Addendum etiam necessarium duximus ut his sanctorum sententiis cognoscamus nuptias, quas concubitus pro quibusdam causis non sequitur, *solvi posse* et propter incontinentiam feminas ad alias convolare valere. »

2. *Ibidem*, p. 665 : « Sed subtilis investigatio et rationabilis discretio in his prius est adhibenda, utrum quasi naturalis sit in viris hujusmodi commixtionis impossibilitas (quia et sunt eunuchi, ut scriptum est, qui de matris utero sic nati sunt) *an hoc impedimentum operatione diaboli, sicut fieri adsolet, illis accidit*. »

3. *Loc. cit.*, p. 666 : « Quod si per sortiarias atque maleficas, occulto sed nunquam vel nusquam injusto Dei judicio permittente et diabolo operante, accidit, hortandi sunt quibus ista eveniunt ut... Deo et sacerdoti de omnibus peccatis suis puram confessionem faciant et profusis lacrymis ac largioribus eleemosinis et orationibus et jejuniis Domino satisfaciant... et per exorcismos atque cætera medicinæ ecclesiasticæ munia ministri Ecclesiæ sanare procurent. Qui forte si sanari non potuerunt, separari valebunt. »

4. C. IV, C. XXXIII, qu. 1. Voyez dans l'édition de Friedberg les références aux recueils antérieurs.

définitif une fois prononcé ; si les femmes séparées pour ce motif contractaient un nouveau mariage, elles restaient unies à leur second mari, alors même que l'impuissance du mari aurait disparu dans l'intervalle[1].

La justification donnée par Hincmar de cette cause de divorce conduisait nécessairement à refuser tout effet à l'impuissance survenue après la consommation du mariage par la *copula*. A partir de ce moment, l'indissolubilité absolue avait pris naissance. Gratien, tout naturellement, accepta cette théorie : il admet le divorce fondé sur l'impuissance et le justifie de la même manière[2]. Mais, lorsque triompha, avec Pierre Lombard, la doctrine de l'Église gallicane, d'après laquelle, dès que les paroles de présent sont échangées, le mariage existe comme sacrement, toute cette construction devait crouler. Deux solutions seulement étaient possibles : ou faire de l'impuissance une cause, non plus de dissolution, mais de nullité du mariage, en déclarant l'impuissant incapable de contracter, — ou déclarer que, malgré l'impuissance, le mariage n'était pas moins valable, et, partant, indissoluble. Pierre Lombard avait proposé la première solution, toutefois avec un tempérament. Il faisait de l'impuissance une cause de nullité lorsque certaines circonstances s'y adjoignaient, au premier rang desquelles était l'ignorance de l'épouse. Il ne déclarait pas l'impuissant absolument incapable de contracter mariage; il le traitait comme sera traitée la personne de condition servile. Il tenait son mariage pour valable, si son conjoint avait connu l'impuissance, regardant l'union comme nulle s'il avait été épousé par erreur[3]. Mais ce fut, au contraire, la solution opposée que paraît avoir d'abord adoptée l'Église romaine. Elle ne

1. C. IV *in fine*, C. XXXIII, qu. 1 : « Sed postquam alis nuptis expetierint, illis in carne viventibus, quibus junctæ fuerint, prioribus, quos reliquerant, etiamsi potestas concumbendi eis reddita fuerit, reconciliari nequibunt. »

2. *Dictum* sur C. XXXIII, qu. 1 : « Conjugium confirmatur officio, ut supra probatum est; postquam vero offitio confirmatum fuerit, nisi causa fornicationis, non licet viro uxorem dimittere, vel uxori a viro discedere. *Verum antequam confirmetur impossibilitas offitii solvit vinculum conjugii.* »

3. *Sent.*, IV, D. XXXIV, *A* : « Personæ ad contrahendum matrimonium...

prononçait dans aucun cas la nullité du mariage à raison de l'impuissance et ordonnait aux conjoints de vivre comme frère et sœur, puisqu'ils ne pouvaient vivre comme mari et femme. Un certain nombre de Décrétales, insérées dans la *Prima* et la *Secunda compilatio*, attestent cette doctrine[1]. Elle se justifiait d'ailleurs par une conception élevée du mariage, mais divergente de celle qui devait dominer dans le droit canonique. Elle se recommandait aussi par des considérations d'utilité pratique, puisqu'elle coupait court à toutes les difficultés de preuve, presque insurmontables, auxquelles on allait se heurter en cette matière; c'est à elle que notre législation civile est revenue en définitive.

Mais elle ne put se faire recevoir dans toute la chrétienté. L'Église gallicane persistait à reconnaître dans l'impuissance une cause de nullité du mariage et à prononcer, de ce chef, la séparation radicale des époux. La papauté elle-même admettait cette divergence[2]. En même temps qu'ils émettaient les décrétales plus haut citées, Alexandre III et ses successeurs en écrivaient d'autres adressées, au clergé gallican et où était

quædam sunt plene legitimæ, quædam omnino illegitimæ, quædam mediæ... Mediæ vero sunt nec plene legitimæ nec omnino illegitimæ per frigiditatem, per conditionem. *Si enim jungantur ignoranter, commanere possunt, quibusdam accedentibus causis et eisdem deficientibus, dividi.* »

1. C. II, *Comp. I*, IV, 16 (Alex. III) : « Consuetudo est Romanæ Ecclesiæ in similibus taliter tenere, quod si non potest eam sicut uxorem habere, ipsam habeat sicut sororem. » — C. IV, *ibid.* (Clément III), « Sedis apostolicæ litteras recepisti, in quibus continebatur, quod de Romanæ Ecclesiæ consuetudine non erat talium matrimonium separandum. Unde convocatis eis ad tuam præsentiam, cum viverent separatim, compulisti eos ad habitationem redire communem, et licet postmodum in eadem domo et lecto fuissent et idem homo multa verba, sicut tibi constitit, eidem feminæ contulisset, ei tamen non potuit carnaliter commisceri propterque... nos consulere voluisti... Mandamus, quatinus pro memoratis occasionibus non dimittas quin predictos virum et uxorem per censuram ecclesiasticam insimul habitare compellas. » Dans l'hypothèse, le mariage avait déjà duré cinq ans. — C. II, *Comp. II*, IV, 9 (Alex. III).

2. C. II, *Comp. I*, IV, 16 : « Respondemus quod diversa sunt inde decreta et diversæ sententiæ. » — Bernard de Pavie, *Summa*, IV, 16, § 8, p. 180 : « Item illud notandum quod ex speciali Ecclesiæ consuetudine non solent hujusmodi separari, sed illa consuetudo in aliis provinciis non tenetur, quia orbis major est urbi. »

admise la nullité fondée sur l'impuissance[1]. Et c'était cette dernière doctrine qui, définitivement, devait l'emporter. Ce qui la fit triompher, ce fut sans doute une considération de la plus haute gravité, que l'on trouve à la fois dans un passage d'Hincmar et dans une décrétale de Clément III[2]. Dans un âge de violence et de sang, retenir dans les liens du mariage deux époux, dont l'un était impuissant, n'était-ce pas pousser l'autre à sortir d'une condition intolérable par un assassinat ou un empoisonnement? Quoi qu'il en soit, ce fut cette doctrine qui s'imposa universellement et complètement, ainsi que cela résulte de l'ensemble des Décrétales insérées au titre *De frigidis et maleficiatis* dans la collection de Grégoire IX. On l'admit, même sans le tempérament proposé par Pierre Lombard : l'impuissance fut reconnue comme entraînant la nullité du mariage, alors qu'elle aurait été connue de l'autre conjoint lorsqu'il avait contracté[3]. Raymond de Pénafort avait cependant inséré par mégarde l'une des Décrétales qui reproduisaient la thèse rigoureuse de l'Église romaine, enjoignant aux époux de vivre comme frère et sœur[4], et, pour faire cadrer ce texte avec les principes désormais reçus, on l'entendait du cas où l'époux connaissait en contractant l'impuissance de son conjoint; mais on considérait l'injonction du pape comme contenant un

1. C. II, *Comp. I*, IV, 16 (Alex. III); = C. II, X, IV, 15; — *Comp. II* (IV, 9), c. I (Alex. III) et III (Celest. III); = c. III, V, X, IV, 15.

2. Hincmar, *De divortio Lotharii, inter.* XV, (Migne, t. CXXV, p. 717) : « Nullo modo cum ea concumbere ex more prævaluit, et cum irremediabili odio tædiosam vitam per biennium ducerent, ad episcopum... necessitate cogente concursum est cum verbis suasoriis, precatoriis ac minatoriis, quia nisi permitteret dissolvi conjugium, ipse porrigeret gladium, quo fieret, si aliter dissolvi non poterat, homicidium. » — C. IV, *Comp. I*, IV, 16 : « Propterque tu timens ne idem vir homicidii reatum incurrat, quid in hoc casu esset agendum nos consulere voluisti. »

3. Panormit., sur c. IV, X, *De frig.*, IV, 15 : « Ideo dicunt doctores hic et bene, quod si potens, qui prius scienter contraxit, cum alia (contrahit), tenet matrimonium cum secunda, non obstante quod esset obligatus cum prima ad morandum tanquam cum sorore. »

4. C. IV, X, *De frig.*, IV, 15. C'est une décrétale d'Alexandre III, qu'on attribuait par erreur à Lucius III.

simple conseil et non un précepte[1]. On reconnaissait aussi au mari le droit d'invoquer sa propre impuissance ; enfin, comme on le verra bientôt, on assimilait à l'impuissance de l'homme l'impuissance particulière de la femme.

L'impuissance était ainsi devenue un empêchement dirimant fondé sur une idée d'incapacité juridique. Il en résulta que le moment où elle cessait d'être relevante ne fut plus celui qui avait été fixé par la doctrine antérieure, celle d'Hincmar et de Gratien. D'après Gratien, tant que la *copula* ne s'était pas établie entre les époux, l'*impotentia superveniens* entraînait la dissolution du mariage. Dans la théorie nouvelle, au contraire, il était nécessaire, mais suffisant, que chacun des époux ne fût pas *impotens* lorsque leur consentement s'échangeait par paroles de présent. Dès lors, en effet, ils avaient été *personæ legitimæ ad contrahendum*, et l'impuissance qui pouvait survenir avant la consommation du mariage n'en laissait pas moins à celui-ci son entière validité[2].

En même temps, se posait en droit une question nouvelle. La capacité d'entretenir des relations sexuelles étant devenue essentielle pour contracter un mariage valable[3], que fallait-il penser des vieillards, totalement refroidis par l'âge, qui se mariaient néanmoins? La théorie naturaliste, qui prévalait, ne conduisait-elle pas à décider qu'un tel mariage était nul ; que, comme l'impubère, le vieillard était incapable de contracter mariage, plus radicalement incapable que celui-ci, car la décré-

1. Glose, v° *Judicare* : « Sed hic non præcipit ejus consuetudinem esse servandam ; sed potius consilium est. »

2. Panormit., sur c. III, X, *De frigid.*, n° 3 : « Impedimentum accidens post matrimonium contractum licet nondum consummatum non tribuit facultatem separandi matrimonium. Nam matrimonium contractum per verba de præsenti, quod semel tenuit, non reperitur posse separari, nisi per religionis ingressum. Credo tamen quod sit causa sufficiens ut papa possit illud separare, si multum timetur de incontinentia sani. » Ces derniers mots font allusion au droit du pape de dissoudre par voie de *dispensatio* le mariage non encore consommé.

3. Panormit., sur c. IV, X, *De frigidis* : « Cum omnino impotenti ad copulam non potest consistere verum matrimonium ; nam desinit causa institutionis matrimonii. »

pitude est un état définitif? Les docteurs soulevèrent ce doute, mais ils l'écartèrent. La principale considération qu'ils firent valoir, c'est que, le vieillard ayant été *potens* dans sa jeunesse et son âge mûr, on ne pouvait jamais affirmer que l'impuissance produite par le grand âge fût absolue et irrémédiable[1]. Cependant, écartant ce raisonnement subtil, ils reconnaissaient parfois que le mariage était permis aux vieillards, seulement par raison d'humanité, afin de fournir un appui et un adoucissement à leur vieillesse[2]; mais ils sentaient que c'était se mettre en contradiction avec le principe fondamental[3].

Voilà comment se forma la théorie de l'impuissance; il faut maintenant la prendre, toute formée et complète, pour en étudier de plus près les principaux points.

L'impuissance de l'homme consiste dans l'impossibilité pour lui d'accomplir entièrement l'acte sexuel. Elle peut provenir soit de la nature, soit d'un accident. Elle provient de la nature, lorsque les organes génitaux font défaut ou sont atrophiés[4], ou lorsque l'homme, quoique normalement conformé, est atteint de frigidité irrémédiable. C'était surtout cette dernière cause d'impuissance naturelle qui était fréquemment invoquée. Mais, souvent, les faits se présentaient avec un caractère équivoque, qui était qualifié *quasi-frigidité* et rendait le jugement

1. Glose sur c. XLI, C. XXVII, qu. 1, v^is *In quibusdam* : « Est argumentum hic ex quo senes, qui jam arrigere non possunt, contrahunt; ergo et spado et frigidus potest matrimonium contrahere. Sed non est verum... non est simile. Nemo enim est ita senex quin aliquando calere possit natura vel artificio, quod non est in frigido, vel in puero, vel spadone; et ideo senex habilis est ad contrahendum. » Innocent IV, sur c. II, X, h. t. « Senes licet sint impotentes propter defectum caloris, quia tamen beneficio medicinæ coire possunt, et contrahere possunt. » Panormit., *ibid.* : « Senex enim ideo contrahit, quia habet habitum quandocunque reducibilem ad exercitium. »

2. Glose citée sur c. XLI, C. XXVII, qu. 1 : « Unde in senibus est humanitatis solatium, id est contrahitur ut eis serviatur in suis necessitatibus. » Déjà, on trouve dans la *Summa* de Paucapalea, p. 113 : « *In quibusdam vero humanitatis solatium*... Et in senibus qui nihil possunt in gravedine sua, nisi haberent uxores, quæ infirmis compati sciunt. »

3. Glose citée : « Vel dic humani solatii, id est contrahitur causa prolis, quæ patris solatium est. »

4. Voyez les exemples cités par Hostiensis, *Summa*, p. 380 v°.

bien difficile. Hostiensis, qui fournit des exemples, conseille de s'en référer alors à la décision du pape, songeant sans doute à la dissolution par voie de *dispensatio* du mariage non consommé[1].

L'impuissance accidentelle de l'homme pouvait résulter de deux causes, soit d'un acte matériel et violent détruisant les organes génitaux, et alors elle était dite *violenta*, soit d'un maléfice ou sortilège, qui, sans attaquer matériellement les organes, rendait impossible l'acte sexuel, et alors elle était dite *occulta*[2]. J'ai dit plus haut comment Hincmar avait définitivement fait admettre par le droit canonique l'impuissance fondée sur le maléfice, et d'autres passages de ses œuvres montrent combien il partageait sincèrement les superstitions populaires à ce sujet : il cite des faits arrivés de son temps et dans son voisinage, et raconte les sortilèges employés pour produire l'impuissance ou pour la faire cesser[3]. Ces idées se perpétuèrent, et les grands canonistes de l'époque classique croient fermement à ces maléfices et rapportent souvent des faits, dont eux ou leurs contemporains ont été les témoins[4]. Ce que cette cause d'impuissance avait de particulier, c'est qu'elle se présentait comme simplement relative, empêchant

1. *Summa*, p. 378 v° : « Quid si vir non est... naturaliter frigidus, sed quasi naturaliter frigidus : movetur et erigitur sed nullatenus perficit, vel habet duas virgas et una impedit reliquam; vel quam cito apponit virgam semen spargit; vel bene immittit sed non perficit (multa talia et consimilia de facto habui coram me et tam in judiciis quam in confessionibus quotidie poteris experiri) ; dicas in talibus quod, si potest sanari electuariis vel medicinis aliquibus, planum ; si non potest, in aliquibus ex his consulendus esset papa. Tamen, si puella virgo sit et uterque confiteantur, in omnibus his expectandum erit triennium, quo elapso, quasi naturaliter frigidus, quem mulieres de provincia vulgariter desbarvatum vocant, forte poterit dividi, secundum ea quæ dixi de naturaliter frigido; tamen tutius est quod papa, super his quæ merito videntur dubitabilia, consulatur. »

2. Gofredus, *Summa*, p. 186 v° : « Accidentalis impotentia provenit propter duo : propter maleficium; item propter sectionem seu castrationem, quæ impedimenta in viris, non in feminis, locum habent. »

3. *De divortio Lotharii, interrog. XV* (Migne, t. CXXV, pp. 716, 717).

4. Bernard de Pavie, p. 176 : « Videntur tamen dicere canones talia non esse credenda, ut C. XXVI. qu. 5, fere per totum, et qu. 7 *Admoneant*, *Non observetis*; ceterum plurima nos ad credendum experimenta compellunt. »

le commerce de l'homme avec certaines femmes seulement, et le laissant possible avec une ou plusieurs autres. Hostiensis rapporte ainsi l'histoire d'un comte, qui, pendant plus de trente ans, ne put connaître aucune autre femme que son épouse, ce qui constituait, dit-il, un *bonum sortilegium*; mais il ajoute que, le plus souvent, c'est à l'égard de l'épouse seule que l'homme est rendu impuissant par le maléfice, et que le sortilège procède fréquemment d'une concubine jalouse ou d'une maîtresse abandonnée [2]. Les textes du moyen âge présentent beaucoup de cas semblables [3]; et ces récits s'expliquent par des phénomènes psychiques et physiologiques, dont ils contiennent, par là même, la constatation; parfois, la cause même de l'impuissance apparaît directement, c'est un sentiment de répugnance invincible [4].

La croyance persistant, la conséquence, c'est-à-dire l'annu-

1. Hostiensis, *Summa*, p. 377 v° « Aliquando enim maleficiantur homines ita quod reddantur impotentes omnibus præterquam uni : hoc maleficium vocatur sortilegium sive factura. Et, si illa uxor sit, bonum videtur tunc sortilegium, cum adulterium vitetur; unde hoc modo fuit maleficiatus comes quidam; quia, ut fertur et ut ego intellexi ab his qui veritatem noverunt, per xxx annos stetit et amplius quod non poterat cognoscere nisi uxorem suam, sed postea evanuit. Item aliquando maleficiatur homo, adeo quod non potest cognoscere uxorem suam sed bene cognoscit omnes alias. »

2. *Ibid* : « Si maleficium præcedit et matrimonium sequatur, ut quia concubina maleficiaverat amasium suum, ita quod aliis impotens reddebatur, *sicut multæ inveniuntur*, vel quia specialiter fuit factum maleficium ne cum illa cum qua volebat contrahere posset aliquando contrahere. »

3. On peut lire dans le *Registre criminel du Châtelet de Paris* tout un procès de la fin du xiv^e^ siècle, où une pauvre fille, abandonnée par son amant, cherche à se venger ainsi, I. p. 340 et suiv.

4. *Decisiones capellæ Tolosanæ*, qu. 381, p. 331 (addition d'Aufrerius) : « Et an abominatio impediat matrimonium, vide per beatum Thomam, in IV, dist. XXXIV et Clavas(ium), et concludit idem de maleficio, cum sit causa extrinseca et accidentalis : hoc intellige quando ex tali abominatione, in imaginativa phantasia aut æstimatura, concipitur horror, quod nullo modo potest habere actum generandi cum tali. Et de tempore meo, semel filius cujusdam ditissimi mercatoris Tholo(sani) conventus ab ejus uxore, ut matrimonium solemnizaret, dictam abominationem allegavit coram me, sed, hoc non obstante, fuit condemnatus ad solemnizandum et eidem adhærendum... et demum, solemnizato et consummato matrimonio, abominatio prædicta per vexationem sublata et in præsenti plures habet liberos. »

lation du mariage, persista aussi ; le passage capital d'Hincmar fut, nous l'avons vu, inséré au Décret de Gratien, et fit autorité. Cependant, il s'éleva une remarquable contradiction. Certains docteurs, au nombre desquels est Innocent IV, se refusaient à voir dans le maléfice une cause de nullité du mariage. Leur raisonnement était bien simple. L'impuissance, tout le monde en convenait, devait, pour constituer un empêchement dirimant, être perpétuelle et irrémédiable ; or, disaient-ils, jamais l'impuissance, créée par le maléfice, ne pourra sûrement être regardée comme perpétuelle ; elle disparaîtra, par la grâce de Dieu, si les époux obtiennent cette grâce par leurs pénitences et leurs prières ; dans tous les cas, le charme peut être détruit par celui-là même qui l'a créé [1]. Mais cette doctrine ne triompha pas ; elle avait contre elle la tradition et l'opinion populaire, et, surtout, elle pouvait pousser les conjoints au crime, comme il a été dit plus haut [2]. Aux arguments spécieux qu'elle invoquait, on répondait en disant que l'impuissance, bien qu'on dût de prime abord la présumer temporaire [3], pouvait ici être perpétuelle : il suffisait pour cela que celui qui avait jeté le charme fût mort, ou ne sût pas détruire son œuvre, que l'objet au moyen duquel le maléfice avait été produit fût perdu ou détruit. Le mal était alors irréparable et perpétuel [4], auquel

1. Gofredus, *Summa*, p. 187 r° : « Quidam tamen dicunt illud c. (*Per sortiarias*) non tenere, quasi non sit aliquod maleficium perpetuum, quod saltem per eum qui fecit deleri non possit, et ita cum per opus humanum subveniri possit, non dirimit matrimonium. Quidquid enim ligatur solubile est. » — Hostiensis, *Summa*, p. 337 v° : « Quidam tamen doctorum sentiunt in contrarium dicentes quod nullum maleficium separat jam contractum nec est ex consuetudine Romanæ Ecclesiæ quod separetur, unde dicunt quod illud c. *Si per sortiarias* hodie non tenet et est ratio, quia omne maleficium est temporale et solvi potest sine divino miraculo saltem per eum qui ipsum induxit. » — Innocent. sur c. VII, X, *De frigidis*, n° 2 : « Melius videtur quod propter maleficium nullum matrimonium separandum sit. »

2. Hostiensis, *Summa*, p. 377 v° : « Sed opinio istorum omnino est abjicienda tanquam dura et nimis onerosa, quoniam præstaret materiam homicidio et adulterio, si homo staret cum uxore et eam cognoscere non posset, cum esset potens et idoneus aliis mulieribus. »

3. *Ibid.* : « Ab initio quodlibet maleficium præsumitur temporale, quia omnis homo pubes creditur potens ad coitum. »

4. *Ibid.* : « Nec semper solvi potest per illum qui fecit, vel quia maleficus

cas il devenait un empêchement dirimant[1]. Pour donner à cette décision une valeur pratique, on arrivait par des présomptions à établir le caractère perpétuel du maléfice[2]. Constatons, enfin, qu'une décrétale d'Honorius III prononçait la nullité du mariage à raison du *maleficium*[3] : elle ne contenait pas le terme même, mais elle impliquait la chose, puisque, dans l'hypothèse, le mari avouait qu'il n'avait point pu connaître son épouse, mais déclarait qu'il pouvait avoir des relations avec les autres femmes[4].

Il y avait grand intérêt à établir que l'impuissance de l'homme tenait à la *frigiditas* ou au *maleficium*, car les conséquences juridiques n'étaient point absolument les mêmes dans l'un ou l'autre cas. Si le mari était déclaré *frigidus*, le

mortuus est, vel quia perditum est maleficium; vel quia maleficus non potest vel nescit delere. » — Gofredus, *Summa*, p. 187 v° : « Potest enim aliquod maleficium esse perpetuum, ut deleri non possit : puta aliquid datum est ad edendum vel bibendum, vel mortuus est maleficus vel perditum est maleficium, vel maleficus nescit delere: in his igitur potest locum habere c. *Si per sortiarias*. »

1. Hostiensis, *Summa*, p. 337 v° : « Si temporale est maleficium, nullum præstat impedimentum matrimonio; si vero sit perpetuum, impedit contrahendum et dirimit jam contractum. » — Voyez la question discutée à fond, dans la seconde moitié du xv^e^ siècle, *Decisiones capellæ Tolosanæ*, qu. 381.

2. *Ibid.* : « Sed ex quo per triennium cohabitaverunt simul dantes operam studiosam carnali copulæ, si adhuc durat impedimentum, præsumitur esse perpetuum. »

3. C. VII, X, *De frigidis*, IV, 15.

4. « Fatebatur quod illam nunquam cognoverat; tamen se habere potentiam cognoscendi alias asserebat. » — La suite du texte établissait, il est vrai, qu'en fait on ne pouvait prouver qu'il eût eu des relations avec aucune femme : « Nec per inquisitionem ipsam vobis constare potuit aliquam esse carnaliter cognitam ab eo. » Mais, néanmoins, on entendait la Décrétale d'un cas de maléfice ; la glose, v° *Cognoscendi* : « Et ita aliegabat iste maleficium quantum ad istam et non quantum ad alias, et non frigiditatem, quia si quis est frigidus quoad unam, quoad omnes est frigidus, cum impedimentum a natura procedat. » — Une décrétale de Clément III, insérée dans la *Compilatio prima* (c. IV, IV, 16) visait expressément le maléfice : *Maleficio suo creditur impeditus*; mais c'était un des textes contenant la doctrine ancienne de l'Église romaine, d'après laquelle l'impuissance n'était pas une cause de nullité. — La glose de Johannes Teutonicus admettait que dans un cas, tout à fait singulier il est vrai, le *maleficium* n'annulait pas le mariage ; c'est quand il était l'œuvre de la *sponsa* elle-même, glose sur c. IV, C. XXXIII, qu. 1, v° *Separari* : « Nisi ipsa uxor dicatur procurasse maleficium, cum sua culpa ad hoc devenerit. »

jugement qui annulait le mariage permettait à la femme de se remarier, mais défendait expressément au mari de contracter une nouvelle union[1]. Il est vrai que cet *interdictum Ecclesiæ* n'avait, par lui-même, que la valeur d'un empêchement prohibitif[2]. Lorsqu'au contraire le mari était simplement reconnu *maleficiatus*, le jugement lui donnait, comme à la femme, la licence de se remarier, l'impuissance pouvant être ici simplement relative[3]. La distinction avait encore une importance réelle à un autre point de vue, comme on le verra bientôt. Malgré cela, lorsque l'action en nullité était intentée par la femme, on n'exigeait point, dans la pratique, qu'elle précisât dans sa demande la cause de l'impuissance maritale[4]. Cependant, le *Speculum* de Durantis contient deux formules différentes d'action[5], l'une pour le cas où la femme prétend son mari *frigidus*, l'autre pour celui où elle le dit *maleficiatus*. Il y avait intérêt à agir ainsi, car, si sur une demande intentée en termes généraux on avait échoué en plaidant une cause d'impuissance, il était impossible de recommencer le procès à raison d'une autre cause[6].

L'impuissance de la femme consiste dans l'absence des

1. Hostiensis, *Summa*, p. 378 r° : « Si per rectum Ecclesiæ judicium potest probari virum impotentem divortium statim celebrabitur, et mulier nubat in domino; *sed viro indicetur ne aliquam ducat.* »

2. Voyez cependant Hostiensis, *Summa*, p. 379 r° : « Apparet quod frigiditas allegatur, et ideo si hac de causa celebretur divortium, et maritus postea contrahat, separabuntur contrahentes secundo. »

3. Hostiensis, *Summa*, p. 378 v° : « Matrimonium dirimetur et dabitur utrique licentia contrahendi. »

4. Panormit., sur c. VII, X, *De frigidis*, n^os^ 4, 7 : « Petens separari matrimonium propter impotentiam mariti non tenetur specificare causam impotentiæ, sed satis est virum non habere potentiam secum coeundi, quod tenent hic Hostiensis et Johannes Andreæ, et communiter sequuntur omnes et idem tenui super rubrica... non tenetur mulier specificare causam impotentiæ cum de facili non possit percipi, maxime per mulierem. »

5. *Pars IV, De frigidis*, p. 444.

6. Panormit., sur c. VII, X, *De frigidis*, n° 4 : « Proponens etiam generaliter impotentiam coeundi videtur omne jus suum in judicium deduxisse; propter quod arguit Johannes Andreæ quod succumbens in hac generali petitione non poterit modo allegare frigiditatem vel aliud impedimentum; secus ubi prius se fundasset super causa specifica. »

organes génitaux ou dans leur inaptitude à l'acte sexuel (*clausura*, *arctatio*). Pendant bien des siècles, le droit canonique ne semble pas avoir pris en considération cette sorte d'impuissance, peut-être parce que, dans les conditions de la vie ancienne, de semblables anomalies se dissimulaient difficilement, et que, par suite, un mariage avec une pareille femme ne se concevait point[1]. Les sources anciennes n'en parlent pas, et ce fut de bonne heure une opinion courante dans l'école que le Décret de Gratien ne contenait aucun texte qui s'y référât; c'est ce que déclarait formellement une décrétale d'Alexandre III[2]. Les Décrétales de la fin du XII^e^ siècle et du commencement du XIII^e^ prirent, au contraire, cette sorte d'impuissance en considération particulière[3], et lui reconnurent le caractère très net d'empêchement dirimant. Pour l'*arctatio mulieris*, comme pour le *maleficium* de l'homme, l'impuissance pouvait être simplement relative, les relations sexuelles, pour telle femme, étant impossibles à établir avec tel homme, et non point avec tel autre. Dans cette dernière hypothèse, Hostiensis voyait quelque difficulté à admettre la nullité du mariage[4]. Mais il semble bien, à lire les singulières formules de demandes données par Durantis, que cela ne faisait point

1. C. IV (Lucius III), X, *De frigid.*, IV, 15 : « Nos consuluisti utrum feminæ clausæ, impotentes commisceri maribus, matrimonium possint contrahere... Licet incredibile videatur quod aliquis cum talibus contrahat matrimonium. » Voyez cependant ce passage d'Hincmar, *De divortio Lotharii*, *interr. II* (Migne, t. CXXV, p. 644) : « Sed et viri uxoribus plura, quæ hic inserere turpissimum, vel superfluum duximus, solent objicere; quibus si facilem præberemus assensum innumera separatorum turba instituti a Domino conjugii legalia fœdera violaret. »

2. C. IV, X, *De frig.*, IV, 15 : « Quamvis de hujusmodi expressum canonem non habeamus. » — Cf. glose sur c. XVIII, C. XXXII, qu. 7, v° *Nubat* : « Ibi (c. IV, X, *De frig.*) dicit quod non invenitur aliquis canon de arcta, sed certe bene invenitur, sed non expresse. »

3. C. III, IV, VI, X, *De frig.*, IV, 15.

4. *Summa*, p. 379 v° : « Quid si mulier allegat magnitudinem membri viri, dicens quod non potest ipsum tolerare, dixerunt aliqui ipsam audiendam, si sit inequalitas innaturalis considerata aliorum dispositione membrorum; et dicit Avicenna quod mulier quandoque non est angusta sed non convenit ei suus par et iterum non convenit pari, et indiget unusquisque eorum per-

de doute sérieux dans la jurisprudence [1]. Il fallait, dans tous les cas, que l'*arctatio* fût irrémédiable : s'il était possible de la faire disparaître par des moyens médicaux l'empêchement n'était point perpétuel. Cependant, si pour être ramenée aux conditions normales, la femme devait subir une opération grave, qui pouvait mettre sa vie en danger, on considérait qu'elle n'était point obligée de la subir [2], et, alors, la nullité du mariage devait être prononcée.

C'était, enfin, une question classique dans l'école, que de se demander si la stérilité de la femme n'était pas aussi une cause de nullité. La réponse n'était point douteuse ; car, dès les temps anciens, la doctrine de l'Église avait même de ce chef condamné le divorce. Mais on tenait à mettre cette solution d'accord avec les principes généraux. Le mariage ayant deux buts principaux, la procréation des enfants et la guérison de l'incontinence, et l'un de ces buts étant ici impossible à at-

mutatione. Audivi tamen a muliere experta quod hoc aut vix aut nunquam accidere potest. Dicunt aliqui talia relinquenda esse judicio expertarum. Ego tamen papam consulerem in hoc casu. Quid si vir habet membrum nimis carnosum? Audivi ab expertis quod hoc potest esse justa causa. »

1. *Speculum*, *par.* IV, *De frigidis*, p. 444 : « Propono ego contra Bertam, quod cum ea matrimonium contraxi, et licet diu simul cohabitaverimus operamque fideliter operi conjugali sive carnali dederimus, eam tamen cognoscere non potui cum non sit apta ad viriles amplexus vel filios procreandos; vel quia adeo arcta est quod nulli potest carnaliter commisceri, vel quia ei deest naturale instrumentum, vel quia cum sim homo maximæ carnositatis vel magnum habeo instrumentum, nunquam potuit a me cognosci vel etiam deflorari, vel quod adeo habet arctam pharetram seu vaginam, quod nullo modo meam capere potest lanceam seu sagittam; quare cum velim pater fieri et liberos procreare, peto ab ea separari et nos separandos fore sententialiter declarari, mihique dari licentiam cum alio contrahendi matrimonium. »

2. C. VI, X, *De frig.*, IV, 15 : « Impedimentum illud non erat perpetuum quod præter divinum miraculum, per opus humanum absque corporali periculo potuit removeri... Per hanc autem quæstionem illam noveris esse solutam, qua quæritur utrum ea, quæ adeo arcta est ut nulli possit carnaliter commisceri, nisi per incisionem aut alio sibi modo violentia inferatur, non solummodo levis sed forte tam gravis ut ex ea mortis periculum timeatur, ad matrimonium contrahendum debeat idonea reputari. » — Et la glose v° *Corporali* : « Ubi vero periculum timeretur non est matrimonium, sed ubi levi periculo potest removeri, debet illud pati. »

teindre, la nullité du mariage n'en suivait-elle pas? Non, disaient les docteurs, l'un des buts du mariage était atteint, et cela suffisait pour le rendre valable[1].

Voilà dans quels cas l'impuissance constituait un empêchement dirimant : mais comment pouvait-elle être judiciairement établie? Ce fut là toujours le point faible de cette théorie.

Divers modes de preuve furent successivement introduits. Le document le plus ancien, sur ce sujet, le *Pœnitentiale Theodori* ne tranche point la question ; il dit seulement : *Si quis poterit probare quod verum sit*, sans indiquer par quel moyen se fera la preuve. Mais, dans la monarchie franque, on trouve des textes plus précis. Nous avons vu que le *Decretum Compendiense* décidait formellement qu'il fallait s'en rapporter à la déclaration du mari[2]. Puis, bientôt, une nouvelle idée apparaît favorable à la femme : on applique tout naturellement à cette cause, obscure s'il en fût jamais, la procédure des *judicia Dei*, si en faveur à cette époque. Le concile de Verberie soumit les époux à l'épreuve de la croix ; mais on dut cesser de la pratiquer, lorsque le Capitulaire de 818-819 l'eut prohibée d'une manière générale[3]. Dans la lettre de Raban à Héribald, attribuée par les recueils au pape Grégoire, il est dit de la femme : *Si potest probare* per justum judicium *quod verum*

1. Gofredus, *Summa*, p. 187 v° : « Quid si vir generare non possit, vel mulier concipere, nunquid matrimonium contrahere possunt? Respondeo sic. Nam quamvis in matrimonio talium utraque causa matrimonii locum non habeat, sufficit tamen alteram non deesse. »

2. Le *Decretum* justifie cette solution par un argument emprunté à l'Écriture : « *Quia vir caput est mulieris.* » Mais on devait aussi prendre en considération un autre motif qu'indiquera plus tard Hincmar, *De divort. Lotharii, interr. II* (Migne, t. CXXV, p. 644) : « Sæpe enim cum maxima importunitate mulieres patimur reclamantes, quæ cum sacramento, quanto magis cum libello porrecto, affirmare conantur, quoniam viri qui eas legaliter susceperunt, illis non possunt concubitus reddere debitum, et alias multiplices imposturas opponunt. Illi vero e contra eas mentiri asserunt, sicut in multis rei comprobat exitus. »

3. C. XXVII (Boretius, I, p. 279) : « Sancitum est ut nullus deinceps quamlibet examinationem crucis facere præsumat, ne quæ Christi passione glorificata est, cujuslibet temeritate contemptui habeatur. »

sit, accipiat alium[1]. Gratien entend ces mots comme désignant l'épreuve judiciaire, le *judicium ferri aut aquæ*, et, très probablement, c'était là leur sens exact, que la glose du Décret repoussera[2]. Les mêmes termes, et, je le crois, avec le même sens, se retrouvent dans un passage du Décret de Burchard, qui a été inséré dans la *Compilatio prima*, puis aux décrétales de Grégoire IX[3].

Un autre texte, déjà cité, attribué encore au pape Grégoire dans les recueils canoniques, et qui, sûrement, est de la même époque que les précédents, ordonnait, dans un cas particulier, un autre mode de preuve également emprunté aux coutumes germaniques. Il visait l'hypothèse où les deux époux affirmaient l'impuissance du mari, et, craignant une entente entre eux, il ne se contentait pas de leur affirmation; il exigeait qu'elle fût corroborée par leur serment et par celui de sept de leurs proches, figurant comme *cojurantes*[4].

1. C. I, C. XXXIII, qu. 1.

2. *Dictum* sur c. XX, C. II, qu. 5 : « Hoc utrum ad omnia genera purgationis, an ad hæc duo tantum quæ hic prohibita esse videntur (ferri candentis et aquæ ferventis) pertineat, non immerito dubitatur propter sacrificium zelotypiæ et illud Gregorii : Si vir qui frigidæ naturæ esse dicitur per verum judicium probare potuerit uxorem nunquam cognovisse, separetur ab eo. » — Glose sur c. I, C. XXXIII, qu. 1, v° *Justum* : « Supra c. II, qu. 5 contra, sed hic appellat verum judicium non candentis ferri vel ferventis aquæ, vel hujusmodi, sed legitimorum testium. »

3. Burchard, IX, 44; c. I, X, *De frig.*, IV, 15 : « Si probari potest *per verum judicium* ita esse ut dicitis, separari potestis... si probari potest *per rectum judicium*, separari potestis. » — Ici encore la glose se refuse à voir là le *judicium Dei;* elle entend cela du serment avec *cojurantes*, v° *Judicium* « scilicet quod uterque juret cum septima manu propinquorum. » — Une décrétale de Célestin III (c. V, X, *De frig.*) rappelle aussi ce terme en même temps que le passage attribué au pape Grégoire, qui le contient, et cette fois la glose le modernise encore davantage; v° *Justum judicium* : « Id est per testes vel aspectum corporis. » — Enfin la glose du Décret donne encore un autre sens, aux termes *verum judicium*; glose sur c. II, C. XXXIII, qu. 1, v° *Septima manu* : « Si esset virgo, tunc sufficeret *verum judicium* per obstetrices. »

4. C. II, C. XXXIII, qu. 1 : « Uterque eorum septima manu propinquorum tactis sanctis reliquiis, jurejurando dicat quod nunquam per commistionem carnis conjuncti una caro effecti fuissent. » — Hincmar, dans un passage où il parle de *separatio* des époux à raison de l'impuissance (ci-dessus, p. 250, note 2) indique bien que le mariage ne doit point être annulé *sine examina-*

Les modes de preuve, dont je viens de parler, avaient été fournis par le droit coutumier de la monarchie franque, à une époque où les causes matrimoniales étaient de la compétence des tribunaux séculiers. Le droit romain restauré devait en fournir un autre plus raisonnable. La législation de Justinien avait admis, nous l'avons vu, le divorce pour cause d'impuissance, lorsqu'un délai suffisant se serait écoulé depuis le mariage, sans que les relations conjugales eussent pu s'établir : Ce délai, fixé d'abord à deux ans, fut étendu à trois par Justinien lui-même. Le droit canonique accueillit ce temps d'épreuve, qui fut surtout précieux pour établir le caractère de perpétuité du *maleficium*. Il est visé par une décrétale de Célestin III[1] ; il avait été admis antérieurement déjà par la jurisprudence[2]. Mais on peut affirmer qu'il ne s'introduisit qu'avec la renaissance des études de droit romain à partir du XI^e^ siècle, et qu'il n'appartient point aux règles romaines, qui avaient été maintenues par la seule coutume. En effet, le premier recueil canonique qui en fasse mention est le *Decretum* attribué à Yves de Chartres[3]. Il y a plus : le Décret de Burchard contient un passage dans lequel le délai, pendant lequel les époux peuvent ou doivent prolonger les tentatives, est fixé d'une tout autre manière[4]. Ce dernier texte, inséré

tionis judicio, mais il ne dit point au juste en quoi consiste cette *examinatio* ; *De divort. Loth., int. II* (Migne, t. CXXV, p. 644) : « Non autem legimus ut femina, libello synodali porrecto conventui, a sua debeat conjuge separari, *aut sine publico examinationis judicio* a conjugali valeat jugo disjungi. »

1. C. v, X, *De frigid.*, IV, 15.

2. Bernard de Pavie l'admettait sans avoir pu insérer de décrétale sur ce point dans la *Compilatio prima* ; *Summa*, p. 177 : « Debent autem simul stare biennio, ut Cod. *De Repud. L. penult.*, secundum authenticum vero triennium expectatur. »

3. *Decretum*, VIII, 79, 80. — Il faut ajouter cependant que les *Petri exceptiones*, qui traitent du mariage à la fois au point de vue du droit civil et du droit canonique, mentionnent cette règle, et seulement d'après la loi 10, C. *De repudiis*, sans tenir compte de la prolongation de délai contenue dans la *Novelle* 22. Le *Petrus* est, presque sûrement, antérieur au *Decretum* d'Yves de Chartres. *Petri excep.*, I, 37 : « Tres sunt causæ, quibus matrimonia solvuntur... vel si maritus per biennium commisceri uxori suæ non poterit. » Pour *Petrus*, d'ailleurs, c'est là une cause de divorce, non de nullité.

4. Burchard, *Decret.*, IX, 44.

dans la *Compilatio prima*, d'où il passa aux décrétales de Grégoire IX[1], ne cadrait point avec la règle empruntée au droit romain, et Bernard de Pavie cherchait vainement à les concilier[2].

Enfin, un dernier mode de preuve fit son apparition : ce fut la visite corporelle des époux par des experts. Celui-là, il s'imposa en quelque sorte par la force des choses; et, cependant, on a remarqué depuis longtemps qu'il n'en est fait mention que très tard[3]. Bernard de Pavie n'en parle ni dans sa *Summa de matrimonio* ni dans sa *Summa decretalium*. Ce fut certainement à la femme seule que la visite corporelle fut d'abord appliquée, par cette raison qu'elle pouvait alors donner des résultats certains, spécialement lorsqu'il s'agissait de constater l'*arctatio*. La première trace qu'on en ait se trouve dans une décrétale de Grégoire VIII (1187); il s'agissait dans l'espèce d'une femme qui demandait la nullité de son mariage pour frigidité de son mari; le mari prétendait, au contraire, avoir consommé le mariage. La femme affirma sa virginité sous serment, et produisit comme témoins sept autres femmes, qui attestèrent avoir constaté sa virginité *per aspectum corporis*. Le pape déclara qu'il fallait s'en tenir à leur témoignage[4]. Il faut remarquer qu'ici il n'y a point encore une visite ordonnée par le juge, une expertise proprement dite : les matrones

1. C. 1, X, *De frig.*, IV, 15.

2. *Summa*, p. 177 : « Ego autem puto, quod habito respectu ad qualitatem, ætatem, et sanitatem personarum, uno vel duobus mensibus sciri possit, ut infra eod., c. 1 (c. 1, X, IV, 15). »

3. *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, t. III, p. 161 : « Il faut avouer de bonne foi qu'il n'est guères certain que depuis le XIIe siècle que la visite de la femme s'ordonne et se pratique dans les cas d'impuissance. Il n'en est point parlé dans les canons du Décret qui sont des deux papes Grégoire Ier et Grégoire II, du concile de Compiègne et d'Hincmar. Il n'y en a pas un mot dans les deux premières collections des Décrétales. »

4. C. IV, X, *De probat.*, II, 19 : « Mulier proposuit se nec a viro cognitam nec potuisse cognosci (*glose*, propter frigiditatem viri); quod tam proprio juramento, quam testimonio septem mulierum probavit, quæ per aspectum corporis eam esse virginem asserebant, viro per juramentum suum contrarium asserente. » Cette décrétale ne figure point dans la *Prima compilatio*, malgré sa date, mais seulement dans la *Secunda* (II, 10).

sont produites par la demanderesse elle-même, en qualité de témoins, on pourrait presque dire de *cojurantes*; leur nombre même fait songer à la *septima manus*, dont il a été parlé plus haut. C'est seulement dans une décrétale d'Innocent III, de 1216, puis, dans des décrétales d'Honorius III, que la visite de la femme apparaît avec le véritable caractère d'une expertise[1], que le juge pouvait ordonner d'office, comme on le dira formellement plus tard[2]. On n'avait pas, d'ailleurs, admis ce procédé sans quelque hésitation; on n'avait point une confiance absolue dans la science des *obstetrices*, et, à propos de la constatation de la virginité faite à un autre point de vue, un texte célèbre, inséré au Décret, rappelait leurs erreurs fréquentes[3]. On l'adopta cependant, comme étant le seul possible, et en prenant toutes précautions[4]. Enfin, on admit que le juge pourrait également ordonner la visite de l'homme; mais on voit aisément, à la manière dont raisonnent les canonistes, que cela ne s'introduisit que par voie de conséquence[5]. En effet, si, dans ce cas, la pudeur était moins alarmée, le résultat de la

1. C. VI, X, *De frig.*, IV, 15 : « Tu tamen volens habere certitudinem pleniorem, quasdam matronas suæ parochiæ, providas et honestas ad, tuam præsentiam evocasti, directe illis injungens, sub periculo animarum, ut mulierem ipsam prudenter inspicerent, et perquirerent diligenter utrum idonea esset ad viriles amplexus. » — Cf. c. VII, *ibid.* (Honorius III) : « A matronis bonæ opinionis, fide dignis, ac expertis in opere nuptiali dictam fecistis inspici mulierem. » Et c. XIV, X, *De prob.*, II, 19 (Honor. III).

2. Panormit., sur c. VI, X, *De frig.*, n° 4 : « Judex ex officio suo potest, allegato impedimento, facere impeditam et impotentem inspici. »

3. C. IV, C. XXVII, qu. 1 (Cyprianus) : « Nec aliqua putet se posse hac excusatione defendi, quia inspici et probari possit an virgo sit, cum et manus obstetricum et oculi sæpe fallantur. »

4. Panormit., sur c. VI, X, *De frig.*, n° 4 : « Matronæ inspicientes debent esse providæ et honestæ de parochia mulieris quam inspicere debent, et hoc ideo quia præsumuntur pleniorem habere notitiam; et consuluit Hostiensis quod prius faciant lavari mulierem in aqua calida, et diu ibi morari, nam per medicinas reddunt se quandoque arctas, quibus prædicto modo obviandum est. »

5. Hostiensis, *Summa*, p. 379 v° : « Quid si mulier dicit quod vir non potest eam cognoscere, allegans super hoc defectum membri viri, in hoc casu dic virum inspiciendum per homines expertos et honestos, sicut dixi de muliere arcta; *quia eadem ratio est utrobique; ergo idem sit jus*... hoc expertus sum

visite était, presque toujours, beaucoup moins concluant que pour la femme.

Ces divers modes de preuve représentaient autant d'apports successifs, d'âge et de provenance divers, dont le droit canonique s'était chargé au cours du temps. Les docteurs n'étaient point sans entrevoir cette vérité, mais, conformément à leur méthode traditionnelle, comme tous ces moyens étaient consacrés par des textes qui faisaient autorité, ils s'efforcèrent de les coordonner dans le système définitif, en faisant à chacun sa place. Ils n'éliminèrent que le *judicium Dei*, que Gratien admettait encore, mais qui avait été solennellement condamné à la fin du XII^e^ et au commencement du XIII^e^ siècle[1]. Restaient : l'affirmation des époux, la cohabitation triennale, le serment *cum septima manu* et la visite corporelle ; comment devait-on les employer, fallait-il les appliquer distributivement ou les combiner ensemble? Selon Innocent IV, il fallait laisser cela à la prudence et à l'arbitraire du juge ; c'était à lui de voir s'il se contenterait d'un seul moyen de preuve ou s'il en exigerait cumulativement plusieurs[2]. Mais cette opinion très sage était trop contraire à l'esprit de la théorie des preuves légales, qui dominait le droit canonique comme le droit civil, pour se faire accepter communément par les docteurs. Voici quelles distinctions faisaient les interprètes.

1° Lorsque la cause de l'impuissance était matérielle et tangible, comme la *sectio* pour l'homme, ou l'*arctatio* pour la femme, on se contentait de la visite corporelle, et, sur le rap-

in duabus causis in quibus inspici feci virum nedum per laicos sed etiam per clericos. » — *Panormit.*, sur c. 1, X, *De frigid.*, n° 5 : « Tria sunt argumenta ad probationem impotentiæ : primum aspectus corporis ; nam sicut mulier potest inspici, ita et masculus. »

1. *De purgatione vulgari*, X, V, 35. J'ai indiqué plus haut comment on interpréta les textes qui parlaient du *judicium* ; ci-dessus, p. 251, note 3.

2. Sur c. 1, X, *De frig.*, n° 3 : « Et nota quod tria argumenta inventa sunt ad probationem frigiditatis, scilicet aspectus corporis, juramenta septimæ manus propinquorum et triennium. Sed discretus judex providebit, et utrum unum solum, vel duo, vel omnia tria argumenta faciat præstari, et cum in sententia separationis matrimonii periculum animæ vertatur, melius est quod surabundent probationes, quam quod deficiant. »

port des experts, immédiatement la nullité du mariage pouvait être prononcée [1].

Si la cause alléguée était la frigidité, alors il fallait distinguer, suivant que les deux époux étaient d'accord pour en reconnaître l'existence, ou que l'un d'eux, au contraire, la niait.

2° Si les deux époux étaient d'accord de ce chef, d'après l'opinion la plus commune, la nullité, la *separatio* pouvait être prononcée, sans que la cohabitation triennale eût été observée [2]; mais il fallait alors le serment solennel des époux avec celui des sept *cojurants*, car, autrement, il eût suffi d'une collusion entre les conjoints pour tourner la règle de l'indissolubilité du lien conjugal [3].

3° Si l'un des conjoints affirmait l'impuissance, tandis que l'autre la niait, on sous-distinguait. Si c'était le mari qui alléguait sa frigidité, la femme, au contraire, prétendant avoir été connue par lui, en principe, on s'en tenait à l'affirmation de la femme. Cela paraissait, cependant, contraire au principe pro-

1. Panormit., sur c. 1, X, *De frig.*, n° 5 : « Quandoque sufficit probatio, ut si est necessario concludens ; exemplum, si ex toto virilia sunt amputata mariti ; nam tunc frustra requireretur alia probatio. » Le même, sur c. v, *ibid.*, n° 1.

2. Hostiensis, *Summa*, p. 378, r° : « Et si quidem masculus major XVIII annis ad divortium provocat, et uxor confitetur hoc quod maritus asserit : dico tempus arbitrarium, aut unius mensis, aut triennium, aut anni per quod debent simul morari... quibus elapsis si per rectum Ecclesiæ judicium probari potest (juramentum septimæ manus) virum impotentem, divortium statim celebrabitur. »

3. C'était tout ce qu'exigeait le c. v, § 2, X, *De frig.*, IV, 15. — Cependant Panormitamus, tout en reconnaissant que c'était là l'opinion commune, était d'un avis contraire ; sur c. v, X, *De frig.*, n° 5 : « Quando uterque confitetur, hoc casu potest statim separari matrimonium ad juramentum conjugum et propinquorum ; et licet iste intellectus videatur communis... mihi tamen non placet, quia istud cohabitare triennium datur ad experientiam copulæ conjugalis, ut est quando frigiditas prius vere probari non potest ; sed hæc ratio fortius vindicat sibi locum quando uterque confitetur frigiditatem, sine alia probatione, quam quando unus asserit et alius negat. » — Le même, sur c. 1, X, *De frig.*, n° 6 : « Aut conjuges volunt in continenti separari, non expectato triennio, et oportet quod impedimentum probetur per justum judicium, id est per aspectum corporis, ut saltem appareant aliqua evidentia signa impotentiæ, et tunc cum juramento proprio et propinquorum potest fieri separatio. »

clamé par le synode de Compiègne : *Statur verbo viri, quia caput est mulieris.* Mais on y répondait par des axiomes empruntés à la théorie des preuves, d'après le droit romain[1], ou par des considérations puisées dans l'expérience de la vie[2]. Cependant, le mari avait un moyen de faire tomber la présomption résultant de l'affirmation de la femme ; il pouvait demander que celle-ci fût soumise à une visite corporelle, et, si elle était trouvée encore vierge, alors la parole du mari reprenait toute sa force[3], et la nullité pouvait être prononcée, sauf que quelques-uns exigeaient encore le *juramentum propinquorum.*

4° Si, au contraire, c'était la femme qui prétendait son mari impuissant, celui-ci soutenant avoir eu commerce avec elle, on s'en tenait à la parole du mari ; et, cette fois, la règle du synode de Compiègne cadrait exactement[4]. Mais, ici encore, on admettait une preuve contraire : la femme pouvait demander la visite corporelle pour faire établir qu'elle était encore vierge. Selon quelques-uns, cette réplique paraît avoir été péremptoire ; mais, selon d'autres, elle ne suffisait point pour faire annuler le mariage. Il n'était point impossible, en effet, fai-

1. Gofredus, *Summa*, p. 187 v° : « Sed pone quod vir proclamet ad judicium : dicit se frigidum vel maleficiatum. Mulier e converso dicit eum potentem et ab eo se cognitam. Nunquid in hoc casu standum est juramento viri, eo quod caput est mulieris ? Respondeo non, quia actor est, et, actore non probante, etc. Et ei qui dicit incumbit probatio... Item favor matrimonii repugnat. »

2. Gofredus, *Summa*, p. 187 v° : « Item timendum est ne multi sic dicerent, si per proprium juramentum se crederent ab uxoribus separandos. » — Hostiensis, *Summa*, p. 378 r° « Si mulier se cognitam asserat ab eodem, in casu isto merito ei credi debet ; quia, ut credo, vix aliqua inveniretur quæ hoc assereret, nisi verum esset, cum sciret sibi præjudicium generari ; maxime quia tales consueverunt colaphizari stimulis Satanæ. »

3. Hostiensis, *Summa*, p. 378 r° : « Quod si, marito provocante ad divortium ex hac causa, mulier asserat se ab eo cognitam, puto standum verbo mulieris, nisi vir eam convinceret per aspectum. » — Comparez, ci-dessus p. 201.

4. Hostiensis, *Summa*, p. 378 r° : « Sin autem maritus asserat se cognovisse uxorem, muliere contradicente et divortium petente, standum est verbo viri qui caput est mulieris, nisi mulier ipsum convincat de perjurio per aspectum corporis. »

sait remarquer Innocent IV, que la femme, par malice, refusât de consommer le mariage[1]; et Panormitanus exigeait en outre l'épreuve du *triennium*[2]. Cette théorie ne laissait guère d'espoir à la femme qui s'était mariée n'étant plus vierge, et qui voulait faire prononcer la nullité de son mariage pour impuissance du mari, lorsque celui-ci niait son impuissance[3]. Un autre obstacle se dressait aussi devant la femme, vierge ou non, qui poursuivait la nullité.

Un texte, emprunté à Burchard et inséré aux décrétales de Grégoire IX, semblait n'admettre son action que lorsqu'elle réclamait peu de temps après son mariage : si elle laissait passer un an ou une demi-année sans se plaindre, on ne le l'écoutait pas[4]. Mais ce texte, qui remontait à une époque où la théorie était encore en formation, et où l'impuissance n'était encore qu'une cause de divorce, ne pouvait s'accorder avec la doctrine définitive, d'après laquelle l'impuissance était une cause de nullité. Le mariage étant radicalement nul, le temps et le silence de la femme ne pouvaient avoir pour effet de le

1. C'est ce que dit aussi Panormit., sur c. VII, X, *De frig.*, nº 10: « Probatio virginitatis est argumentum fallax, cum ratione odii possent matrimonium non consummare. »

2. Panormitanus exigeait toujours dans ce cas la cohabitation triennale, a moins que la femme ne montrât par quelque autre signe l'impuissance du mari, auquel cas il exigeait encore la *septima manus*, sur c. V, X, *De frig.*, nº 5 : « Aut non potest probari vere (impotentia), et tunc si unus confitetur et alter negat, non debet separari matrimonium nisi is, qui stat contra matrimonium, probet impedimentum per justum judicium, et intelligo hoc casu justum judicium quando cohabitaverunt per triennium et postmodum probat per aliqua signa, puta quia probat se virginem ; si tamen haberet signa magis evidentia, posset illico tunc separari matrimonium cum juramento proprio et propinquorum. » On voit, par ce texte, que Panormitanus appliquait la même solution à l'hypothèse inverse.

3. Hostiensis, *Summa*, p. 378 vº : « Ergo si mulier sit corrupta caveat cui nubet; quia statur verbo viri nec corrupta se potest virginem ostendere. »

4. C. 1, X, *De frig.* : « Illa autem si prior post annum aut dimidium ad episcopum... proclamaverit, dicens quod non cognovisses eam, tu autem contrarium affirmas, tibi credendum est... quia si proclamare voluit, cur tamdiu tacuit ? Cito enim et in parvo tempore scire potuit si secum coire potuisses. Si autem statim, in ipsa novitate, post mensem aut duos... proclamaverit.. si probari potuit per rectum judicium, separari potestis. »

valider[1]. Aussi une Décrétale permettait-elle formellement, d'invoquer l'impuissance du mari au bout de huit ans[2]. On n'admettait donc point cette ancienne fin de non recevoir[3]. Cependant, on cherchait à laisser une certaine portée au texte qui la contenait, et l'on voyait, dans cette réclamation tardive, une nouvelle présomption contre l'impuissance, qui s'ajoutait à la négation du mari, et qui devait rendre plus difficile la preuve contraire[4].

5° Lorsque la cause d'impuissance invoquée était le *maleficium,* la cohabitation triennale était toujours exigée, car elle seule, en renversant la présomption ordinaire, pouvait attribuer à l'empêchement le caractère de perpétuité, qui était nécessaire pour le rendre dirimant[5]. On y joignait aussi le serment *cum septima manu*[6]. Mais, ne fallait-il pas établir encore dans ce cas, la virginité de la femme? Non, disait Panormitanus après Johannes Andreæ, car jamais, alors, on ne pourrait prononcer pour cette cause la nullité du second mariage d'une

1. Panormit., sur c. VI, X, *De frig.*, n° 2 : « Nota ibi quod impotentia alterius conjugum potest allegari post plurimos annos, nam tractu temporis non firmatur matrimonium nullum. »

2. C. VII, X, *De frig.* : « Dicta *M.* proposuit quod, octo annis elapsis dicto *A.* fuisset matrimonialiter copulata et diu cohabitasset eidem, adhuc integra permanebat, eo quod prædictus vir ejus non habebat potentiam coeundi. » — Le c. VI, *ibid.*, suppose aussi que la femme est restée avec son mari *per multos annos*, mais là il s'agit de l'*arctatio* de la femme.

3. Glose sur c. I, X, *De frig.*, v° *Tacuit.* « Non tenet quod hic dicitur de anno et dimidio. »

4. Panormit., sur c. I, X, *De frigid.* : « Tunc enim quia concurrunt duæ præsumptiones contra mulierem ; prima quod tarde proclamavit, secunda quia vir dicit se eam cognovisse, non debet mulier audiri ; intelligo quando non potest probare intentionem suam, licet aliqua signa adducat ; sed post cohabitationem triennalem auditur, si probet per aliqua signa, puta quia adhuc reperitur virgo et offert juramentum proprium cum septima manu propinquorum. — Posset etiam intelligi iste versus quando mulier erat corrupta, nam tunc de facili non potest probare impedimentum mariti. »

5. Panormit., sur c. VII, X, *De frig.*, n° 9 : « Dic quod in maleficio ista cohabitatio triennii semper requiritur, quia illud impedimentum est accidentale, et nonnunquam tempore removetur, maxime post actam penitentiam In aliis vero impedimentis naturalibus, ubi de his veraciter constaret vel per aliqua signa evidentia non est opus triennio. »

6 C'est ce que décide le c. VII, X, *De frig.*

veuve[1]; la constatation de la virginité avait donc, en cas de maléfice, simplement la même valeur juridique que dans les autres cas d'impuissance maritale.

Je n'en ai pas encore fini avec la preuve de l'impuissance. Il ne suffisait pas, en effet, d'établir, comme je viens de le dire, qu'elle existait actuellement; il fallait encore, pour que la nullité du mariage s'ensuivît, qu'elle eût commencé avant le mariage. Si l'époux au jour du mariage, lors de l'échange des paroles de présent, avait été *potens*, cela suffisait, le mariage était valable et indissoluble, alors même que l'impuissance, survenue immédiatement après, en eût rendu impossible la consommation. Mais, comment établir que l'impuissance avait précédé ou suivi le mariage? Dans la plupart des cas de frigidité ou de maléfice, une semblable preuve était impossible; il fallait y suppléer par des présomptions, et c'était un point fort délicat, qui embarrassait les canonistes.

Étant donnée la faveur extrême pour le mariage qui était dans l'esprit du droit canonique, il semble que l'on dût présumer la postériorité de l'impuissance : car, alors, la validité de l'union conjugale était acquise. Et c'est bien dans ce sens que se prononcait la glose[2], mais ce raisonnement avait plus d'apparence que de fond. Si l'Église poussait au mariage avec un parti pris puissant et présumait en général son existence et sa validité, c'était à raison des biens que le mariage devait procurer, et spécialement pour remédier à l'incontinence. Mais,

1. Sur c. VII, X, *De frig.*, n° 10 : « Licet succincte loquatur (Joh. Andreæ) habet tamen dictum suum juncta glosa hanc sententiam, quod ad separationem matrimonii faciendam propter maleficium non necessario requiritur probatio virginitatis ; quod dictum satis mihi placet, ut viduarum nuptiis non desit hoc remedium ; et pro hoc allego c. *Si per sortiarias*, ubi nihil dicitur de probatione virginitatis. » — La raison de douter était que la seule Décrétale insérée au *Corpus* qui parlât du maléfice (c. VII, X, h. b.) mentionnait cumulativement dans l'espèce, la *probatio virginitatis*, le *triennium* et la *septima manus*.

2. Glose sur C. XXXIII, qu. 1, *Summ.*, v° *Quod autem* : « Ubi autem dubitatur an præcesserit maleficium an secutum sit, præsumendum est quod secutum sit post matrimonium ; arg. C. *De ædil. ed. l. tertia*; et hoc favore matrimonii. » Cf. Hostiensis, *Summa*, p. 377 v°.

justement, lorsqu'il y avait impuissance, le mariage ne pouvait plus servir au but visé; au lieu d'être un remède à l'incontinence, il était, en même temps qu'un supplice de tous les jours, une excitation à l'adultère ou au meurtre. C'était alors être fidèle au véritable esprit du droit canonique, que de pousser à la nullité. On devait donc présumer, jusqu'à preuve contraire, que l'impuissance avait précédé le mariage. C'était la doctrine qu'établissait très fortement Panormitanus[1].

Voilà la théorie des docteurs sur la preuve de l'impuissance. Deux des moyens de preuve admis demandent encore quelques explications.

C'est d'abord le serment des conjoints, avec la *septima manus propinquorum*. C'était là purement et simplement une application du mode de preuve germanique par le serment et les cojurants; et les canonistes anciens le savaient fort bien[2]. Mais il y avait une tendance à transformer la nature de la preuve et à changer les *cojurantes* en *témoins*[3]. On admettait sans difficulté que les sept parents pouvaient, en cas de besoin, être remplacés par sept voisins de bonne renommée[4]. Puis, on tendait à décider que le nombre de sept n'était pas exigé né-

1. Sur c. VI, X, *De frig.*, n° 16 : « Licet doctores hic dubitent, videntur tamen magis inclinare ut præsumatur præcessisse, et sic expediantur isti et non maneant impediti. Nec obstat... quod in dubio est pro matrimonio sententiandum; illud enim procedit ubi matrimonium potest habere suum effectum, scilicet evitationem fornicationis, aut bonum prolis, quod hic non est propter impotentiam coeundi. » — Il invoquait comme décisif dans ce sens le c. VII, X, *ibidem* : « Ex quo matrimonium non est consummatum, maleficium præsumitur præcessisse matrimonium. Nam, ut hic vides, nec allegatio nec probatio facta est super prioritate temporis, sed, probato maleficio, matrimonium separatur, et nemo adhuc ponderavit istum textum, nec ego allegavi; sed nunc mihi accidit legendo lecturam. »

2. Bernard Pap., *Summa*, p. 179 : « Tu jurabis quod sine fraude operam dedisti ut eam cognosceres nec perficere potuisti; illa jurabit quod per eam non stetit, nec a te est cognita, sacramentales vero jurabunt quod credunt ita esse ut vos jurastis, et hoc in animabus suis non vestris, ut rustici dicunt, *exemplo juramento purgationis.* »

3. La glose du Décret les appelle *consanguinei testes*; sur c. II, C. XXXIII, qu. 1, v° *Acceperit.*

4. C. V, X, *De frig.* : « Septima manu propinquorum, vel vicinorum bonæ famæ, si propinqui defuerunt. »

cessairement et que deux pouvaient suffire, évidemment parce que deux témoins, en principe, étaient, dans une cause, nécessaires et suffisants[1]. Enfin, quelques-uns, quand la virginité de la femme faisait présumer l'impuissance du mari, considéraient le témoignage des matrones expertes comme suffisant et écartaient la *septima manus propinquorum*[2].

La cohabitation triennale donnait lieu à quelques difficultés, à raison du caractère d'épreuve sérieuse et loyale qu'elle devait présenter. Il ne suffisait pas, pour qu'elle fût probante, que les deux époux eussent, en fait, vécu pendant trois ans dans la même maison. Mais quel moyen employer pour assurer une cohabitation effective? L'emploi de l'excommunication était bien admis contre le conjoint récalcitrant; seulement, comment contrôler une pareille situation[3]? Une autre question, susceptible celle-là d'une solution juridique, se posait aussi. Lorsque le *triennium* était exigé, à partir de quel moment devait être

1. Glose sur c. II, C. XXXIII, qu. 1, v^is *Septima manu* : « Et nota quod sufficerent in casibus hujus capituli duo, si septem haberi non possent. Item eis solis (conjugibus) crederetur, si de hoc fama esset. » — Hostiensis, *Summa*, p. 378 r° : « Et quidem videtur quod duo vel tres sufficiant, quia in ore duorum vel trium stat omne verbum. »

2. Glose sur c. II, C. XXXIII, qu. 1, v^is *Septima manu* : « Hoc intellige cum hæc non erat virgo; quia si esset virgo, tunc sufficeret *verum judicium* per obstetrices. » — Mais une décrétale d'Honorius III (c. VII, X, h. t.) ordonnait la *septima manus*, bien que, dans l'hypothèse, la visite corporelle eût déjà établi la virginité de la femme. Voici comment la glose de Bernard de Parme justifie cela, v^is *Septima manu* : « Sed quare requiruntur juramenta propinquorum, cum sufficere debeat juramentum viri et mulieris cum juramento illarum quæ eam virginem asserunt... Sed hoc ideo quia sæpe fallitur manus et oculus obstetricum... Omnis enim cautela quæ adhiberi potest in talibus est adhibenda propter periculum animæ... Tamen, si alterum omitteretur, nihilominus valeret sententia. »

3. Voici l'exposition assez naïve d'Hostiensis, *Summa*, p. 378 v° : « Sed quomodo intelligemus de continuo triennio? Nunquid intelligi debet quod circa hoc debeant studere die ac nocte? Non puto hanc mentem; sed sufficit quod per majorem partem anni, maxime per ver continuum, quo consueverunt homines ad luxuriam fortius incitari, simul cohabitaverunt et bona fide operam dederunt. Quod si infirmitate vel alio casu impediatur, videtur tempus restituendum esse. Quid si per maritum stet, quia non vult cohabitare, vel per mulierem, dicas excommunicandum eum per quem stabit, et cautionem idoneam exigendam ut cohabitet. »

compté ce délai? Le vœu des canons était-il satisfait, dès qu'il s'était écoulé trois ans depuis le mariage et le commencement de la vie commune? Ou, au contraire, les trois ans ne commençaient-ils à courir qu'à partir du jour où le juge, sur une demande en nullité, avait ordonné une cohabitation préalable et triennale? Les deux opinions avaient leurs partisans parmi les docteurs. La seconde paraissait plus conforme à la nature d'une épreuve judiciaire, et elle était fermement enseignée par Hostiensis[1]; mais la première prévalait[2]. Elle était conforme aux lois de Justinien qui avaient servi de point de départ à la théorie et qui faisaient courir le délai à partir du mariage.

Malgré tous ces efforts et ces combinaisons subtiles, la preuve de l'impuissance restait bien incertaine, et les juges ecclésiastiques ne pouvaient se le dissimuler[3]. Cela était d'autant plus grave, que les procès de ce genre étaient très fréquents au moyen âge, d'après le témoignage des canonistes[4]. Pour ré-

1. *Summa*, p. 378 v° : « Per triennium continuum debent simul morari ad præceptum judicis. licet Gof(redus) dicat quod non est vis in præcepto judicis, quia non invenitur in jure cautum... ergo non invenitur quod tempus quo simul fuerunt ante confessionem non debeat computari...; p. 379 r° : Nam nec anni prosunt nisi assignati per judicem. »

2. Panormit., sur c. VII, X, *De frig.*, n° 12 : « Vin(centius), Innocentius et Ab(bas antiquus) dicunt sufficere quod per triennium continuum cohabitaverint sive ante, sive post, et hoc mihi placet per hunc textum; nam loquitur de illis annis qui præcesserunt querelam nunc expositam coram judicibus; fateor tamen quod post penitentiam injunctam debent cohabitare aliquo tempore ad arbitrium judicis moderando, ut probat littera hic. » — Dans le même sens, *Decisiones capellæ Tolosanæ*, qu. 381.

3. *Registre de Cerisy*, n° 54ª, p. 52 : « Proposuerat quod licet de facto inter se in facie Ecclesiæ per verba de presenti matrimonium contraxissent et simul diu stetissent dantes operam carnali copule, ipsaque Thomassia esset ampla et apta ad viriles amplexus, et dictus Thomas esset adeo frigidus quod. licet temptaverit, tamen adimplere non potuit propter quod matrimonium contraxerunt... Nos, servato juris ordine, juxta juris consilium habito super hoc jurisperitorum consilio, audita relatione matronarum fide dignarum juratarum super hoc coram nobis et examinatarum et expertarum in talibus, quia de intentione dicte Thomassia nobis constat *prout constare potuit, invocato Dei omnium au(c)toris nichil ignorantis auxilio*, pronunciamus inter dictos Thomam et Thomassiam matrimonium de facto contractum non tenuisse. »

4. Durantis, *Speculum, IV part., De frigidis*, p. 444 : « Hæc materia utilis

parer ces erreurs possibles, le droit canonique avait un remède héroïque; mais ce remède, on va le voir, aggravait le mal au lieu de le guérir.

S'il est animé parfois d'un esprit étroit et presque puéril, le droit canonique, en revanche, a souvent des coups d'aile qui l'emportent très haut, au-dessus des conventions factices, dans le domaine du juste et de l'absolu. C'est ainsi, comme on le verra plus loin, qu'il refuse aux jugements rendus dans les causes matrimoniales la force de chose jugée. La force de chose jugée est une convention, généralement utile et bienfaisante, mais qui peut se trouver parfois en contradiction avec la vérité. Ici, le droit canonique veut faire prévaloir partout et toujours la vérité, lorsqu'elle apparaît. Il en résulte que, lorsque la juridiction ecclésiastique a prononcé la nullité d'un mariage, si quelque fait démontre après coup qu'elle a été abusée, et que la cause de nullité n'existait point, il sera toujours possible de faire judiciairement réparer cette erreur: le mariage, annulé à tort, est proclamé valable, et tous les actes incompatibles avec sa valididité, accomplis dans l'intervalle, y compris un nouveau mariage contracté avec une tierce personne par l'un des époux séparés, sont réduits à néant[1]. En appliquant cette règle au mariage annulé pour impuissance, on arrivait à cette conclusion : si un fait postérieur venait établir que l'Église avait été trompée (et ce fait pouvait consister et consistait généralement dans un second mariage contracté et consommé par l'époux, jadis déclaré impuissant), les conjoints séparés devaient être nécessairement réunis; leur mariage était rétabli envers et contre tous. Le droit ca-

est et quotidiana. » — *Decisiones capellæ Tolosanæ*, qu. 381, p. 328 : « Et si dicatur quod ille textus (c. *Per sortiarias*) corrigatur, sequitur secundum eum (Hostiensem) magnus error, quod quotidie propter maleficium matrimonium dissolvatur. »

1. Une opinion avait voulu, il est vrai, maintenir le mariage régulièrement contracté dans l'intervalle; mais elle n'avait pas triomphé; glose sur C. XXXV, qu. 9, v^is^ *Unde quæritur* : « Quidam volebant distinguere et dicere quod si secunda matrimonia sunt contracta, non debet retractari sententia, sed, si non sunt contracta, possit retractari. »

nonique ne recula point devant cette logique désespérée; cependant, il la tempéra par certaines atténuations, d'autant plus faciles à admettre que les textes anciens contenaient, sur ce point, des règles contradictoires, au moins en apparence. L'une des décrétales attribuées au pape Grégoire disait bien que, dans ce cas, le premier mariage pouvait être rétabli[1]. Mais le passage d'Hincmar qui traite de l'impuissance à raison du maléfice, le célèbre canon *Si per sortiarias*, donnait une solution contraire[2]; et ce texte embarrassait fort la glose, rapproché du précédent[3]. On arriva à cette conciliation ingénieuse et relativement raisonnable. Si l'impuissance de l'homme avait été judiciairement qualifiée *frigiditas*, et que ce mari, reconnu impuissant, connût une autre femme, manifestement l'Église s'était trompée et les époux séparés devaient être réunis. Si, au contraire, la cause reconnue avait été le *maleficium*, un second mariage, contracté et consommé par le mari déclaré impuissant, n'était point inconciliable avec la sentence qui avait annulé le premier : le maléfice n'était point considéré comme opérant *erga omnes*; il pouvait fort bien avoir eu pour effet de rendre seulement impossibles les relations sexuelles du mari avec sa première femme, sans les empêcher avec la seconde. Dans ce cas, le premier jugement conservait toute sa force, et le second mariage toute sa valeur[4]. L'*arctatio mulieris*, qui n'avait pas été spécialement

1. C. II, C. XXXIII, qu. 1. « Vir autem qui frigidæ naturæ est maneat sine conjuge. Quod si et ille aliam copulam acceperit, tunc hi qui juraverint perjurii crimine rei teneantur, et, pœnitentia peracta, priora cogantur recipere connubia. »

2. C. IV, C. XXXIII, qu. 1 : « Quod si forte sanari non potuerint separari valebunt. Sed postquam alias nuptias expetierint, illis in carne viventibus quibus juncti fuerant, prioribus quas reliquerant, etiam si possibilitas concumbendi eis reddita fuerit, reconciliari nequibunt. »

3. Glose, v° *Nequibunt* : « Hic potius ignarus dicendus est quam gnarus; nam dixit Cardi(nalis) quod iste finis non tenet; quia, ut dixit, nullum maleficium est perpetuum, quin saltem per ipsum auctorem tolli potest. Alii dicunt contra, ut supra, *Requisisti* (c. II, *ibid.*), vel intellige post triennium. »

4. Déjà Paucapalea maintenait pour le cas de maléfice la décision donnée par Hincmar quant à la chose jugée, *Summa*, p. 131 : « Sed notandum, quia æquum est, quod Higenarus (*sic*) dicit, quia si secus esset ingens malum inde osset oriri. Ut puta vehementer ego exardesco in quamdam, quam in uxo-

prévue par les textes anciens, faisait naître, pour l'application de la règle, des difficultés plus délicates encore, devant lesquelles, cependant, on n'avait pas reculé. Un mariage ayant été annulé pour cette cause, et la femme ayant pris un nouvel époux qui avait pu établir avec elle les relations conjugales, le pape Innocent III déclara que la sentence devait être tenue pour erronée et que la femme devait être rendue à son premier époux[1]. Il y avait là un singulier entraînement dans la voie de la logique; car on pouvait difficilement dissimuler ce que cette solution avait de grossier et de répugnant, combien elle présentait peu de sûreté, de convenance et de justice. Aussi, les meilleurs canonistes s'efforçaient-ils d'en restreindre la portée, en introduisant des distinctions, dont

rem copulas tibi. Artem compono, ut usque ad annum eam non possis cognoscere, ut, sic forsitan a te separata, veniam in amplexus illius uxoris quasi affectu, credens tamen a me separandam ubi debitum reddendi facultas inerit tibi et a me ita delusa abiret. Et sic juste inhibetur ad primum redire, ne tanta iniquitas locum haberet. » Cela se précisa peu à peu dans la suite. Glose sur c. 1, X, *De frig.*

Panormit., sur c. 1, X, *De frig.*, n° 7 : « Glosa dicit aliud in separatione propter frigiditatem et aliud propter maleficium et non reddit rationem diversitatis. Unde aliqui dicere voluerunt quod illud c. (*Si per sortiarias*) in hoc sit correctum; sed tu tene glosam et dic hanc esse rationem diversitatis. Nam frigiditas est impedimentum naturale, non restrictum ad certam personam : unde si vir postea cognoverit aliam, apparet Ecclesiam fuisse deceptam, cum eodem modo potuisset cognoscere primam. Sed maleficium, quod fit, instigante diabolo, restringitur sæpe ad certam personam, ut omnes possit cognoscere præter uxorem : ideo si post divortium ducat aliam et cognoscat, non per hoc apparet Ecclesiam fuisse deceptam; ideo non debet separari secundum et restaurari primum; et ita proprie loquitur illud c. *Si per sortiarias*, et sic intelligo istum textum, qui solet difficilis reputari, quia videtur deviare a decisionibus aliis. »

1. C. VI, X, *De frig.*, IV, 15 : « Quod nunquam poterat esse mater aut conjux, tanquam cui naturale deesset instrumentum... inter ipsam et virum divortium celebrasti... Contigit autem postea quod mulier invenit qui seras hujusmodi reseravit et G... latori præsentium supernupsit... Nos perspicaciter attendentes quod impedimentum illud non erat perpetuum, quod præter divinum miraculum per opus humanum absque corporali periculo potuit removeri, sententiam divortii per errorem, licet probabilem, novimus esse prolatam, cum pateat ex post facto quod ipsa cognoscibilis erat illi cujus simili commiscetur; et ideo inter ipsam et primum virum dicimus matrimonium extitisse; quare inter eam et præfatum matrimonium non esse censemus. »

l'application, il est vrai, n'était pas moins incertaine et indécente que celle de la règle elle-même [1].

IV

Le droit canonique proclama constamment le principe de monogamie. Il se forma principalement au milieu de deux civilisations monogames, la grecque et la latine ; et l'esprit des Évangiles donnait, du mariage, une conception encore plus élevée. Les Pères de l'Église, et après eux les docteurs, eurent seulement à rendre compte de la polygamie admise par les anciennes coutumes des Hébreux, et pratiquée, d'après l'Écriture, par les patriarches. Ils s'en tirèrent généralement en parlant d'une dispense qui avait été accordée par le Seigneur en raison des temps et des besoins [2].

Il résulte du principe de monogamie que toute personne mariée valablement est incapable, tant que ce mariage n'a pas été dissous, d'en contracter un second, qui serait alors

1. Glose sur c. VI, X, *De frig.*, v° *Simili* : « In fine hujus capituli dicitur quod si prior vir non possit eam cognoscere sine gravi periculo, quod non sit reddenda primo viro, licet ex post facto per consuetudinem secundi viri reddita sit apta priori : quod bene potest concedi quia non fuit matrimonium inter eos, ut dixerunt Vin(centius), Jo(hannes) et Tanc(redus). » — Panormit., sur c. VI, X, h. t., n° 19 : « Hostiensis exponit textum quasi velit quod si periculo sit reddita apta, ex quo tamen mortem non inducit, est restituenda primo, et ita communiter videntur sentire doctores. Sed ego dicerem hoc dictum procedere ex præsumptione, quando non constat differentiam inter utrumque, scilicet virum et uxorem. Nam si vir est adeo carnosus quod nunquam posset deflorare mulierem sine periculo mortis, secundus vero vir magis gracilis potuit eam cognoscere, tunc puto quod non sit restituenda primo, licet per frequentem usum sit reddita apta primo. Et hoc tacite judicio meo senserunt Pe(trus) et Abb(as) in quadam distinctione quam ponit Jo(hannes) An(dreæ). Sed ego probo per istum textum, qui dicit quod erat cognoscibilis a primo ex quo potuit commisceri secundo, quia erat similis primo ; secus ergo ubi non erat similis. »

2. *Sent.*, IV, D. XXXIII, *A* : « Quæritur hic de antiquis patribus, qui plures simul leguntur habuisse uxores vel concubinas, utrum peccaverint. Ad quod dicimus : pro varietate temporum varia invenitur dispensatio Conditoris. » — C. VII, VIII, C. XXXII, qu. 4. — Cf. Perrone, *De mat. christ.*, t. III, p. 1 et suiv.

radicalement nul. Avec l'indissolubilité renforcée du lien matrimonial, cette règle prit une importance toute particulière en droit canonique ; et l'on désigna de bonne heure dans l'école l'empêchement dirimant qui en résultait sous le nom de *ligatio* ou *ligamen*[1].

Lorsque l'évolution qui exclut le divorce fût arrivée à son dernier terme, le mariage consommé n'admit plus d'autre cause de dissolution que la mort d'un des conjoints[2] : toute personne déjà mariée, pour être admise à contracter un nouveau mariage, dut donc établir préalablement le décès de son premier conjoint. Rien ne suppléait à cette preuve, ni la longue absence[3], ni la captivité, même aux mains des infidèles[4]. Mais cette preuve était difficile à fournir dans bien des cas ; elle l'est encore parfois aujourd'hui. Aussi les canonistes se demandaient-ils s'il ne fallait pas s'écarter des principes généraux sur la preuve. Un texte précis considérait comme une preuve suffisante le témoignage d'un *certus nuntius*, et écartait ainsi la nécessité légale des deux témoins[5]. Certains allaient plus loin encore et admettaient la preuve par commune renommée : le plus sage paraissait de s'en rapporter à l'arbitraire du juge[6]. Dans tous les cas, la permission accordée par le juge de contracter un nouveau mariage n'empêchait pas que celui-ci ne tombât de plein droit, si le premier conjoint reparaissait.

1. Bern. Pap., *Summula de matrimonio*, p. 298 : « Ligatio et contrahendum impedit et contractum dividit; quanto enim tempore vivit vir, alligata est mulier legi viri... similiter et vir mulieri. »

2. Voir plus loin, deuxième partie, titre III, ch. II.

3. C. XIX, X, *De spons.*, IV, 1.

4. C. II, X, *De sec. nupt.*, IV, 21. Panormit., sur ce texte : « Propter captivitatem etiam infidelium non dissolvitur matrimonium de jure canonico; secus esset de jure civili. »

5. C. XIX, X, *De spons.*; Panormit., sur ce texte : « Cum aperte hic dicatur quod sufficiat certus nuncius, et sic unus testis. »

6. Panormit. sur c. XIX, X *De spons.*, n° 6 : « Vincentius... inter cæteros ponit probationem famæ... Et quanquam hæc opinio multum videatur æqua, tamen udicio meo resistit iste textus dum requirit certum nuncium, et pondera verbum certum ; nam fama procedit ex autore incerto et plerumque fallaci... Et in summa hanc materiam relinquerem arbitrio judicantis, ut, diligente omnibus ponderatis, consideret, utrum de morte sit facta certificatio. »

La mort qui rompait le *ligamen*, c'était seulement la mort naturelle. La notion de la mort civile s'était pourtant développée et fixée chez les canonistes et les civilistes. La mort civile résultait soit des condamnations pénales, soit de l'entrée en religion; mais elle ne dissolvait pas le mariage [1]. Ce n'est donc pas au droit canonique que notre Code civil avait emprunté cet effet, qu'il faisait produire à la mort civile (art. 25). Il a, sur ce point, copié notre ancienne jurisprudence, mais en l'aggravant. Dans notre ancien droit, on décidait déjà que la mort civile dissolvait le mariage *quant à ses effets civils*; mais, par *effets civils*, on entendait seulement les effets pécuniaires, ou du moins les effets du mariage qui étaient sous l'empire de la seule loi civile. Au contraire, le lien conjugal restait sous l'empire du droit canonique et, par conséquent, survivait à la mort civile [2]. Mais, dans notre code, qui ne connaît que le mariage civil, les effets civils du mariage comprennent tous les effets juridiques qu'il peut produire; déclarer le mariage dissous par la mort civile, quant à ses effets civils, c'était déclarer du même coup la dissolution du lien conjugal.

V

Le christianisme, dès ses premiers temps, exalta la virginité et la continence, et il est resté fidèle à cette tendance. On ne doit donc pas s'étonner que le droit canonique ait fait, à de certaines conditions, du vœu de chasteté ou de continence, un empêchement de mariage, et même un empêchement dirimant. C'est alors la personne elle-même, qui, par un acte de sa

1. Panormit., sur c. IV, X, *De convers. conj.*, III, 32, n° 5 : « Et ex hoc Goffredus notat casum in quo mors civilis non æquiparatur morti naturali. Nam per mortem naturalem dissolvitur matrimonium, et per ingressum religionis non solvitur, quamvis ingrediens dicatur mori civiliter.

2. Richer, *Traité de la mort civile*, Paris, 1755, p. 225 et 480 : « C'est un principe certain que, quoique la mort civile ne détruise pas le nœud du mariage, cependant elle en détruit les effets civils. Ces effets sont fondés sur la loi civile, qui ne peut plus agir en faveur d'une personne qu'elle a proscrite. »

volonté, se rend incapable de contracter; mais, comme cela est grave, il faut que cette volonté soit sérieuse et réfléchie pour produire cet effet; il faut qu'elle se manifeste sous certaines formes ou dans certains milieux. D'ailleurs, la théorie du *votum*, considéré comme empêchement de mariage, fut longue à se constituer. Pendant des siècles, la législation canonique et la législation séculière en firent des applications pratiques et limitées, avant qu'une doctrine générale se formât sur ce point; celle-ci n'apparaît qu'avec le XII^e^ siècle.

Deux applications du principe furent faites dès les temps anciens.

La première concernait les vierges et les veuves qui faisaient vœu de chasteté et obtenaient dans l'Église un rang particulier. Cette institution, qui se rattache étroitement dans l'origine à celle des diaconesses [1], était parfaitement réglementée dès le IV^e^ siècle [2]. Le vœu solennel était reçu par l'évêque, qui donnait le voile aux vierges (*flammeum*) [3]; et celles qui l'avaient prêté étaient inscrites aux registres des églises; on les appelait les fiancées du Christ, tout en prévenant que cette qualification ne devait pas être prise comme une formule juridique, précise et absolue [4]. Ces femmes n'étaient point astreintes à quitter les habits laïques, ni à vivre dans les cloîtres. Lorsque les monastères de femmes eurent été fondés, beaucoup y entrèrent; mais celles qui le préféraient pouvaient continuer à vivre de la vie du siècle, chez leurs parents, et, jusqu'au XII^e^ siècle, elles jouiront de cette faculté [5]. Ce sont elles que les textes désignent sous les noms de *sanctimoniales*, *virgines* ou *viduæ Deo sacratæ*, *dicatæ*. L'Église, d'ailleurs, exigeait, pour rece-

1. Zhishman, *op. cit.*, p. 485 et suiv.
2. Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, I, p. 355.
3. Zhishman, *op. cit.*, p. 486.
4. C. x, XIII, XVII, XXI, XLI, § 2, 3, C. XXVII, qu. 1.
5. Concile de Carthage de 397, c. XXXIII ; — *Novelle* 131, c. XIII ; — Concile de Paris de 614, c. VII = c. VII, C. XXVII, qu. 1 ; — Concile de Rome de 826, c. XXIX, = c. XXXI, C. XXVI, qu. 1 ; — Concile de Latran de 1129, c. XXVI, XXVII = c. XXV, C. XVIII, qu. 2.

voir un semblable engagement, un certain âge chez la femme, qui varia selon les temps ou le milieu [1].

Quelle était, aux yeux de l'Église, la portée du vœu de chasteté que ces femmes avaient fait; et, si elles le violaient en contractant mariage, quelle était la valeur de cette union? Les Pères de l'Église, tout en condamnant comme un péché grave un acte semblable, paraissent avoir considéré que, cependant, un tel mariage devait être respecté, sa dissolution présentant encore plus d'inconvénients que son maintien. Telle est, du moins, la solution très nettement donnée par saint Cyprien [2] et saint Augustin [3]. Mais la discipline se montra peu à peu plus rigoureuse, et ce fut l'objet de toute une réglementation contenue dans les décisions des conciles et les Décrétales des papes, qui se continue, incessamment renouvelée, du commencement du IVe siècle [4] jusqu'à la fin du IXe [5]. Toujours des peines sont prononcées, plus ou moins sévères, contre les *sanctimoniales* qui violent leur vœu [6], souvent aussi contre les hommes qui les épousent. La tendance s'affirma et s'accentua de considérer un tel mariage comme inefficace et nul. Sans en prononcer

1. Les limites extrêmes sont l'âge de la puberté et la soixantième année voyez Freisen, *op. cit.*, p. 678.

2. *Epist. ad Pomp.*, c. II : « Quod si ex fide se Christo dicaverunt, pudicæ et castæ sine ulla fabula perseverent, et ita fortes et stabiles præmium virginitatis expectent. Si autem perseverare nolunt vel non possunt, melius est ut nubant quam in ignem delictis suis cadant. »

3. C. LI, § 5, C. XXVII, qu. 1 : « Fit autem per hanc minus consideratam opinionem, qua putant lapsarum a sancto proposito feminarum, si nupserint, non esse conjugia, non parvum malum ; ut a maritis separentur uxores, quasi adulteræ sint, non uxores ; et, cum volunt illas separatas reddere continentiæ, faciunt maritos earum adulteros veros, cum, suis uxoribus vivis, alteras duxerint. » — Les interprètes du Décret entendirent ce texte comme supposant un *votum simplex, non solemne,* au sens qui sera bientôt indiqué ; mais d'après ses termes mêmes (*in virginali et viduali conditione... expetita et electa et voti debito oblata*) il n'est pas douteux qu'il s'agît là des *sanctimoniales.*

4. *Concilium Elib.* (a. 306) = c. XXV, C. XXVII, qu. 1.

5. *Concilium Triburiense* (a. 895) = c. XVI, XVII, C. XXVII, qu. 1. Toute cette législation est soigneusement dépouillée par Freisen, *op. cit.*, p. 677 et suiv. les principaux documents sont rassemblés au Décret, C. XXVII, qu. 1.

6. Les veuves sont souvent traitées avec plus d'indulgence que les vierges. Voyez c. XLII, C. XXVII, qu. 1, et c. XI, C. XX, qu. 1.

la nullité, on fit d'abord, de la séparation de fait des époux, la condition de leur absolution [1]; puis, on déclara nettement que la *separatio* devait être prononcée par voie d'autorité, défense étant faite au mari, à titre de peine, de contracter une nouvelle union. Cela est dit formellement dans une décrétale du pape Gélase [2], et le concile de Tribur n'est pas moins net [3].

La législation séculière s'était d'ailleurs associée énergiquement à cette réglementation. L'empereur Jovien défendit le premier, sous peine de mort, d'épouser, même de leur consentement, des vierges ou des veuves *sacratæ*, et tout droit héréditaire était, de plus, enlevé aux enfants nés d'une telle union [4], qui est appelée *contubernium*. Ce texte passa dans la *Lex romana Wisigothorum* [5]. En 458, l'empereur Majorien reconnut aussi valeur légale au vœu de chasteté, mais à condition que, s'il était fait par une vierge, celle-ci eût quarante ans accomplis, et que, s'il était formé par une veuve âgée de moins de quarante ans, cinq années se fussent écoulées depuis la mort de son mari. Les parents et les clercs qui se prêtaient à l'engagement des filles ou veuves, dans d'autres conditions, étaient sévèrement punis [6]. Dans la monarchie franque, l'édit de Clotaire II, de 614, déclara également nul, et punissable de

1. C. xxvi, xxvii, C. XXVII, qu. 1.

2. C. xiii, C XXVII, qu. 1 : « Hi ergo qui sanctimonialibus scientes matrimonio ad injuriam Christi copulati sunt, juxta censuram zeli christiani separentur, et nunquam eis concedatur conjugali vinculo relegari, sed in pœnitentiæ lamentis se vehementer, dum vivunt, afficiant. » — En sens contraire, Freisen, *op. cit.*, p. 685.

3. C. xxiii (Labbe, *Concilia*, tome IX, p. 453) : « Si quis sacro velamine consecratam in conjugium duxerit... verbo Domini et canonica auctoritate in hac sancta synodo præcipimus ut omnino separentur, et juramento colligentur ulterius sub uno non cohabitare tecto, nec familiari frui colloquio, excepto in Ecclesia et in publico, aut pariter ullam habere communionem unde suspicio illecebrosi desiderii aut scandalum libidinosi facti possit oriri. Si quæ etiam inter se dividenda sunt, dividant, et uterque sua provideat. »

4. L. 2, *C. Th.*, IX, 25 : « Si quis non dicam rapere, sed vel adtentare matrimonii jungendi causa sacratas virgines vel viduas volentes vel invitas ausus fuerit, capitali sententia feretur. Filii ex tali contubernio nati, punitis his juxta legem, in hæreditatem non veniant. »

5. C. ii, *C. Th.*, IX, 20, édit. Hænel, p. 194.

6. *Novellæ Majoriani*, tit. VI, § 2, 3.

de peines graves, le mariage contracté avec une *femina sacrata* [1].

2° La seconde application du devoir de chasteté conduisant à l'interdiction du mariage, qui se présente dès les temps anciens, concerne les moines. Dès que les ordres monastiques apparurent, leurs membres furent considérés comme astreints à la continence : mais cette obligation résultait, au début, de l'état même du moine, non d'un vœu exprès et solennel de chasteté, dont, pendant longtemps, il n'est pas question, et qu'ignorait encore la règle de Saint-Benoît [2]. Dans la suite, la *professio* contint toujours le vœu de chasteté [3].

Quoi qu'il en soit, le mariage du moine fut d'abord traité comme celui de la *virgo sacrata*; il était prohibé et donnait lieu aux mêmes pénalités ecclésiastiques, mais il n'était point considéré comme nul [4]; dans la seconde moitié du v[e] siècle, le pape saint Léon reconnaissait encore la valeur d'un semblable mariage [5]. De même, le premier concile d'Orléans, de l'année 511, paraît bien en admettre la validité [6]. Mais, à la fin du vi[e] siècle (a. 594), Grégoire le Grand ordonne de réinté-

1. *Clot. II Edictum*, c. xviii. — Cf. *Clot. II Constitutio*, c. viii.

2. Löning, *op. cit.*, tome II, p. 400.

3. Mais il faut ajouter que, pendant longtemps, la volonté paternelle put irrévocablement faire un moine de l'enfant impubère, sans que le consentement de celui-ci fût exigé. La règle *Monachum aut paterna devotio aut propria professio facit*, fut d'abord vraie au pied de la lettre, c. ii, iii, iv, C. XX, qu. 1; *Gregor. II ad Bonifatium*, a. 726 (Jaffé, *Monum. Mogunt.*, p. 90) : « Addidisti adhuc quod si pater vel mater filium filiamque inter septa monasterii in infantiæ annis sub regulari tradiderint disciplina, utrum liceat eis postquam pubertatis inoleverint annos, egredi et matrimonio copulare. Hoc omnino devitamus, quia nefas est ut oblatis a parentibus Deo filiis voluptatis frena laxentur. » Cela s'appliquait encore, quant à la prohibition de mariage qui en était la conséquence, à l'époque du concile de Tribur, c. vi, C. XX, qu. 1. Lorsqu'une réaction se produisit, lorsqu'on admit que l'*oblatio* des parents ne lierait plus les enfants, à moins que ceux-ci ne la ratifiassent arrivés à la puberté (et c'est déjà l'avis de Gratien), on se contenta d'abord d'une ratification tacite (glose sur c. vi, C. XX, qu. 1, v° *Cœpit*), et alors encore il n'y avait point de vœu proprement dit prononcé par l'enfant.

4. C. xii, xxii, C. XXVII, qu. 1 (concile de Calcédoine).

5. C. i, C. XX, qu. 3.

6. C. xxxii, C. XXVII, qu. 1.

grer au cloître les moines qui en sont sortis pour se marier[1], et déjà, le second concile de Tours, en l'année 567, avait ordonné en pareil cas la séparation des époux, en invoquant au besoin l'appui du bras séculier[2]. Mais le synode *in Trullo* (692) est beaucoup moins net; il prononçe seulement, contre le moine qui se marie, les peines de la fornication[3]; et l'on a pu soutenir[4] que, jusqu'au concile général de Latran de 1139, il n'y avait point de disposition certaine annulant le mariage d'un moine[5]. Quoi qu'il en soit, la décision de ce dernier concile, promulguée par le pape Innocent II, ne laissait plus aucune prise au doute[6].

En dehors de ces deux applications spéciales, comment avait été traité le vœu de chasteté formé par l'homme ou par la femme? Pour le vœu de l'homme, les recueils canoniques fournissaient peu de chose. Ainsi, Gratien ne donne, sur ce point, que quelques textes de saint Augustin, dont l'un déclare qu'un tel vœu est obligatoire et doit être tenu[7], un autre décidant que le mariage contracté postérieurement est parfaitement valable et n'en mettant même pas en cause la validité[8]. Sur le vœu de la femme, les autorités étaient plus explicites. Deux textes en particulier, l'un émanant d'un con-

1. C. XXXIX, C. XXVII, qu. 1.

2. C. XV (Bruns, p. 228) : « Si qui in monasterium conversi sunt aut converti voluerint, nullatenus habeant licentiam evagandi, nec ullus eorum conjugem ducere aut extranearum mulierum familiaritatem habere. Nam si, ut supra dictum est, uxorem duxerit, excommunicetur, et de uxoris male sociatæ consortio etiam judicis auxilio separetur. »

3. C. XLIV. Zhishman, *op. cit.*, p. 504, note 2.

4. Freisen, *op. cit.*, p. 693.

5. Cependant le concile de Latran de 1123 (c. XXI) paraît déjà bien explicite. Il y est dit (c. VIII, D. XXVII) : *Contracta quoque ab hujusmodi personis disjungi.* Freisen argumente du mot *disjungi* pour établir que le mariage tenait en droit, puisqu'il faut le dissoudre, mais cela s'applique très bien à un *matrimonium de facto.*

6. C. XL, C. XXVII, qu. 1 : « Hujusmodi namque copulationem quam contra ecclesiasticam regulam constat esse contractam matrimonium non esse censemus. »

7. C. UN., C. XXXII, qu. 8.

8. C. II, C. XVII, qu. 2.

cile de Rome de date incertaine[1], l'autre du pape Innocent Ier[2], établissaient une différence précise entre la vierge vouée à la chasteté, qui avait reçu le voile des mains de l'évêque, et celle qui n'avait pas encore été *velata*. Pour cette dernière, lorsqu'elle se mariait malgré l'obligation contractée par elle envers Dieu, la pénitence était moins rude que celle imposée à la *virgo velata*, dans le même cas[3].

Voilà quel était l'état de la législation canonique, lorsque la doctrine s'en empara pour la réduire en système. Elle dégagea une idée générale, c'est que le vœu de chasteté était toujours et par lui-même un empêchement de mariage. Mais il fallait faire la part des textes qui déclaraient le mariage valable, nonobstant un semblable vœu. On en tint compte en distinguant le vœu solennel, qui constitua un empêchement dirimant, et le vœu simple, qui ne produisit qu'un empêchement prohibitif. Cette distinction se trouve à la fois dans Gratien[4] et dans Pierre Lombard[5] ; mais elle ne fut point admise par tous les docteurs. L'un des plus célèbres décrétistes, Hugutio, la contestait énergiquement. Si le vœu, disait-il, a, par lui-même et de sa nature, l'effet d'annuler le mariage, il doit l'avoir toujours ; la solennité, qui n'est pas de son essence, ne

1. Voyez Freisen, *op. cit.*, p. 679.

2. C. IX, C. XXVII, qu. 1.

3. C. IX, C. XXVII, qu. 1 : « Licet velatæ non fuerint, si forte nupserint, his agenda aliquanto tempore pœnitentia est; quia sponsio earum a Domino tenebatur. Si enim inter homines solet bonæ fidei contractus nulla ratione dissolvi, quanto magis ista pollicitatio, quam cum Deo pepigit, solvi sine vindicta non debet. » — En sens inverse, le concile de Frioul de 796 (c. XI) ordonnait la séparation des époux, alors même que la femme ayant fait vœu de chasteté n'avait pas été *sacrata*. Il semble aussi que le concile de Tours plus haut cité (p. 274, note 2) assimile au moine proprement dit celui qui a pris la ferme résolution de se faire moine (*qui converti voluerit*).

4. Dist. XXVII *in fine*.

5. *Sent.*, *lib. IV*, D. XXXVIII, *B* : « Votum aliud est privatum, aliud solemne. Privatum est in abscondito factum ; solemne vero in conspectu Ecclesiæ factum. Item privatum votum si violetur, peccatum est mortale ; solemne vero violare peccatum et scandalum est. Qui privatum faciunt votum continentiæ, matrimonium contrahere non debent, quia contrahendo mortaliter peccant; si tamen contraxerint, non separentur, *quia probari non potest quod occulte factum est*. Qui vero solemniter vovent, nullatenus conjugium inire queunt. »

peut rien ajouter. Pierre Lombard, il est vrai, donnait une raison pour justifier la distinction: il appelait vœu simple, celui qui était fait en secret, et disait que le mariage contracté au mépris d'un pareil vœu ne pouvait pas être séparé, parce qu'on ne peut prouver ce qui a été fait en secret; le vœu solennel, étant, suivant lui, celui qui était fait en face de l'Église, portait toujours sa preuve avec lui. Mais, comme le fera remarquer Johannes Teutonicus, cette raison ne valait rien ; car le vœu simple pouvait être prouvé par des témoins, ou par l'aveu même de celui qui l'avait fait[1]. Hugutio proposait une autre distinction. Il fallait distinguer, suivant lui, le vœu actuel de chasteté, qui était toujours et par lui-même un empêchement dirimant, et la simple promesse d'émettre plus tard un semblable vœu, qui ne constituait qu'un empêchement prohibitif[2]. Cette distinction était fort ingénieuse et rappelait celle établie entre les *sponsalia per verba de præsenti* et les *sponsalia per verba de futuro*. Elle ne triompha pas néanmoins, car elle avait le double inconvénient de mal s'adapter aux textes et d'exagérer d'une façon dangereuse la portée du vœu de continence. Le droit canonique s'en tint à la distinction faite par Gratien et Pierre Lombard entre le *votum solemne* et le *votum simplex*, en la justifiant mieux et la précisant plus étroitement.

Pour la justifier, on dut abandonner cette idée, que le vœu,

1. Glose sur C. XXVII, qu. 1, v° *Voventes* : « Quæ est ratio quare constitutio Ecclesiæ magis debeat spectare ad illa vota, quæ solemniter fiunt quam ad privata, dummodo possit Ecclesiæ constare sive per testes, sive per confessionem propriam alicujus quod votum fecerit? Quam cito enim constat Ecclesiæ per confessionem vel per testes, dicitur notorium; et sic deberet Ecclesia dirimere matrimonium post illud votum contractum. »

2. Glose sur C. XXVII, qu. 1, v° *Voventes* : « H(ugutio) dicit quod non refert an sit simplex votum an solemne, quia utrumque dirimit matrimonium : solemnitates enim non sunt de substantia voti. Sed hoc refert an sit de præsenti, cum solemnitate sive sine illa : ut voveo continentiam, hoc impedit et dirimit. Sic intelliguntur hæc capitula usque ad c. *Nuptiarum*. — An sit de futuro, quod improprie dicitur votum, id est quædam promissio de futuro voto emittendo, ut si dico quod vovebo continentiam post annum, mortua uxore mea, vel quod intrabo religionem vel consimile : hoc impedit, sed non dirimit, ut c. *Nuptiarum* et sequentibus. »

par lui-même, rendait le mariage nul ; c'était la *constitutio Ecclesiæ* qui avait créé et greffé sur le vœu un empêchement dirimant, et, par suite, elle avait pu le rattacher seulement au *votum solemne*[1]. Mais la conception même du vœu solennel, telle qu'elle avait été d'abord présentée, dut changer du même coup.

Par une généralisation doctrinale, on avait considéré comme vœu solennel tout *votum in conspectu Ecclesiæ factum* ; c'est la définition même de Pierre Lombard, et Bernard de Pavie paraît encore professer cette idée[2]. Mais, alors, il n'y avait pas de raison valable pour que l'Église attachât une force particulière à cette sorte de vœu. Aussi une réaction se produisit-elle pour restreindre la conception. Elle aboutit à ne traiter comme *solemne*, que le vœu de continence qui accompagnait l'entrée en religion. C'était reprendre, en la précisant, la réglementation ancienne, et c'est Johannes Teutonicus qui paraît avoir nettement formulé le premier cette opinion[3]. Il produit d'ailleurs un seul argument topique pour la justifier : c'est que, l'entrée en religion d'un conjoint dissolvant le mariage contracté, mais non consommé, il est naturel que tout mariage contracté par une personne préalablement entrée en religion soit radicale-

1. Glose sur C. XXVII, qu. 1, v° *Voventes* : « Alii dicunt quod nullum votum dirimit; quia qua ratione dirimeret votum solemne et non simplex, cum idem sit in substantia; solemnitates enim non sunt de substantia? Sed ipsa constitutio Ecclesiæ dirimit si post votum solemniter factum contrahatur. » — Cf. glose sur c. *ibid.*, v^is^ *Sub testimonio.*

2. *Summa decret.*, p. 149 : « Votum autem solemne est quod fit adhibitis solemnitatibus, ut si voveat in manu sacerdotis, vel super altare continentiam profitendo; multoque fortius si hoc faciat in manu episcopi, abbatis vel abbatissæ. » — Pierre Lombard repoussait en particulier l'ancienne distinction entre les *virgines velatæ* et *non velatæ*; *Sent.*, *lib. IV*, D. XXXVIII, *G* : « Ex his apparet virgines vel viduas voto continentiæ adstrictas, sive fuerint velatæ, sive non, nullatenus conjugium sortiri posse : quod ibidem de omnibus intelligendum est qui continentiam voverunt. »

3. Glose sur C. XXVII, qu. 1, v^is^ *Quod voventes* : « Ego dico quod nullum votum est solemne, nisi cum quis devovet se religioni alicui... Unde si coram tota Ecclesia diceret hæc verba : Voveo continentiam, si contraheret, teneret matrimonium. Quæ est enim ratio quare constitutio Ecclesiæ magis spectare debeat ad illa vota quæ solemniter fiunt, quam ad privata? » — Glose sur c. 1, *ibid.*, v^is^ *Sub testimonio* : « Cum ita dicit coram episcopo, vel abbatissa

ment nul. D'après cela, c'était la *professio religiosa* elle-même, plutôt que le vœu de continence qui l'accompagnait, individuellement considéré, qui créait l'empêchement dirimant[1], et c'est en effet cette formule qui bientôt se substitua à l'ancienne : c'est elle que donne Bartholomæus Brixiensis, en complétant la glose de Johannes Teutonicus[2].

Cette théorie était définitivement reçue au temps d'Hostiensis ; et celui-ci ne rappelle, qu'à titre de renseignement historique, les opinions contraires[3]. Elle fut législativement consacrée par une décrétale de Boniface VIII[4].

En même temps que cette transformation s'accomplissait, disparaissait l'ancienne institution des *virgines et viduæ Deo sacratæ*, qui, tout en émettant un vœu solennel de chasteté, restaient avec l'habit du siècle dans leur propre maison, conservant la propriété de leurs biens. Déjà, nous l'avons dit, le concile de Latran de 1129 avait prohibé cette pratique[5], mais

vel abbate, vel coram duobus vel tribus testibus : Ego devoveo me huic religioni. Hoc enim aliud est et aliud cum dico : Ego voveo continentiam. Devotus enim religioni non potest contrahere ita quod matrimonium teneret; nec mirum cum etiam contractum matrimonium religio dissolvat. Sed in voto continentiæ secus. Non enim votum dirimit. Unde si coram tota Ecclesia diceret : Voveo continentiam, per hoc non solemnizatur votum. »

1. Il faut remarquer que, d'après Johannes Teutonicus, l'*impedimentum voti solemnis* existait dès qu'une personne déclarait devant deux ou trois témoins se vouer à tel ordre religieux.

2. Glose sur C. XXVII, qu. 1, v^is *Quod voventes* : « Tu breviter dicas quod professio tacita vel expressa alicujus religionis impedit contractum et contrahendum... Sic mihi Bartholomæo Brixiensi videtur dicendum. »

3. *Summa*, p. 363 ; « Hoc etiam teneas incunctanter quod sola professio vera vel præsumptiva solemnizat votum... Et sic tenet dominus noster et curia, omissis ambagibus suprascriptis, si quæ contrariæ valeant reperiri : quæ etiam ideo apposui ne dissensiones antiquas penitus ignoremus et quia forte ex prædictis aliqua utilia eliciet diligens studiosus. »

4. C. un. VI° *De voto*, III, 15 : « Nos igitur attendentes quod voti solemnitas ex sola constitutione est inventa... præsentis declarandum duximus vinculo sanctionis, illud solum votum debere dici solemne quantum ad post contractum matrimonium dirimendum quod solemnizatum fuerit... per professionem expressam vel tacitam factam alicui de religionibus per sedem apostolicam approbatis. Reliqua vero vota... non tamen rescindere possunt matrimonia post contracta. »

5. C. XXV, C. XVIII, qu. 2.

elle ne disparut point immédiatement pour cela ; elle subsista encore pendant un siècle environ. En effet, nous trouvons une décrétale du pape Innocent III, de l'année 1199, qui déclare nul le mariage contracté par une femme « qui avait fait vœu de chasteté entre les mains d'un frère augustin, en ajoutant cette clause qu'elle resterait dans sa propre maison avec tout son bien » ; le pape considère un tel vœu comme solennel[1]. Ce texte, contraire aux principes définitifs, et inséré sans doute par mégarde dans la collection de Grégoire IX, donnait beaucoup de mal aux interprètes[2]; il s'explique naturellement si l'on admet encore à la fin du XII^e^ siècle le maintien de la vieille pratique[3]. Le domaine du vœu solennel constituant un empêchement dirimant était ainsi nettement délimité ; tout autre vœu de chasteté ne constituait plus qu'un empêchement prohibitif.

Mais, il faut le remarquer, la théorie fixée par la décrétale de Boniface VIII, pour déclarer le religieux incapable de contracter mariage, n'exigeait pas, de sa part, un vœu exprès de chasteté : elle admettait que le vœu pouvait être implicite ou tacite, *professio expressa vel tacita*.

La *professio tacita*, résultait de faits extérieurs, faisant présomption. Ces faits pouvaient être divers[4], mais l'un d'eux avait une importance particulière, c'était le port de l'habit monacal, *habitus* ; et même les anciens canonistes indiquaient souvent l'*habitus* comme un empêchement dirimant spécial, à côté du *votum*[5]. Son importance était telle que Bernard de

1. C. VII, X, *Qui clerici vel vov.*, IV, 6.

2. Glose sur ce chapitre, VIS *In domo propria.*

3. Gonzalez Tellez, *Commentaria perpetua in libros decretalium*, édit. Francfort 1690, tome IV, p. 132 : « Existimo textum hunc esse exaudiendum juxta morem antiquum, juxta quem olim plures virgines et viduæ profitebantur vitam religiosam in domo propria, tantum obedientiam et castitatem promittentes, quæ vota omni tempore fuerunt essentialia religionis. »

4. Hostiensis, *Summa*, p. 163 : « Inducitur vel ex mora temporis, puta quia per annum stetit sine reclamatione, vel per evidentia signa, puta, quia quando ingreditur renunciat sæculo, facit testamentum ac si mori deberet et transfert omnia bona sua in hæredes et legatarios in pias causas et mutat habitum. »

5. Bern. Pap., *Summula de matr.*, p. 290.

Pavie croyait encore utile de dire que, si on le prenait seulement comme déguisement, pour exécuter un jeu, ou pour voyager avec plus de sécurité, cela ne créait aucun empêchement de mariage, pas même prohibitif [1]. De bonne heure, cependant, une réaction contre cette tendance s'était affirmée et traduite dans un dicton, qui est resté dans notre langue à titre de proverbe : *Habitus non facit monachum, sed professio* [2]. Juridiquement, cela voulait dire deux choses : d'abord, que la *professio* à elle seule, indépendamment du port de l'habit, faisait le moine ; puis, que la prise de l'habit ne le faisait pas sans la *professio*. Mais, si l'*habitus* ne suppléait pas la *professio*, il pouvait faire présumer celle-ci, et, dans de certaines conditions, la présomption devenait même irréfragable.

Il fallait distinguer l'habit des novices, l'habit des convers et celui des profès. D'après la glose de Johannes Teutonicus, l'habit des novices ne créait aucune présomption et ne faisait pas même naître un empêchement prohibitif de mariage; l'habit des convers impliquait déjà le vœu de chasteté, mais ne créait encore qu'un empêchement prohibitif; l'habit des profès enfin créait l'empêchement dirimant [3]; mais, quant à ce dernier, il faut ajouter quelques restrictions.

La prise de l'habit de profès avait un premier effet, c'est qu'elle rendait, par elle-même, solennel le vœu de chasteté qui

1. *Summa de matr.*, p. 290 : « Habitus religionis quandoque sumitur ad ludum, quandoque ad utilem simulationem, ut videlicet tutius eat... Porro si ad ludum sumatur, matrimonium non impedit, ea namque quæ per jocum fiunt neminem obligant... Si vero propter utilem simulationem sumatur, matrimonium non impedit; sæpe etenim multi, cum non valeant in laicali habitu transire securi, habitum religionis assumunt, et religionem simulantes securum habent transitum, non tamen habent propositum religionis, nec ad habitum sic sumptum tenentur. Sic nonnulli, crucis signo sibi imposito, periculosa loca sine periculo transeunt, nec tamen habent propositum sepulcrum Domini visitare nec ad illud tenentur. »

2. C. XIII et XXII, X, *De reg.*, III, 31.

3. Glose sur c. I, C. XXVII, qu. 1, v° *Apparuerint* : « Vel distingue quod est triplex habitus, scilicet professionis, qui votum habet annexum et dirimit matrimonium, de quo hic loquitur; conversionis, qui similiter votum habet annexum, sed non dirimit matrimonium; habitus probationis, qui nec impedit nec dirimit matrimonium. »

avait été fait précédemment par celui qui prenait l'habit[1]. En second lieu, il faisait invinciblement présumer la *professio*, lorsqu'il était complètement distinct de l'habit des convers et des novices ; il suffisait alors de le porter trois jours durant pour devenir moine[2]. Alors même que l'habit ne différait pas, il entraînait la même présomption, s'il avait été porté pendant un an au monastère, par une personne pubère de quatorze ans accomplis[3].

Le vœu de chasteté était-il de l'essence même de la *professio religiosa*, tellement que le religieux ne pouvait se concevoir sans lui ? Un texte célèbre l'affirmait[4]. Cependant, il y eut de bonne heure des ordres constitués par la papauté avec cette faveur que leurs membres pourraient valablement contracter mariage. Hostiensis cite comme exemple les béguines et les repenties, ainsi que les monastères de chanoinesses séculières; il ajoute, il est vrai, que de telles personnes sont improprement appelées religieuses[5]. Mais, d'autre part, les ordres militaires, aux membres desquels fut concédée la faculté de contracter mariage, furent vraiment considérés comme monastiques[6]. Les papes Alexandre III, Innocent III, Honorius III,

1. Hostiensis, *Summa*, p. 263 : « Solemnizatur votum per habitus susceptionem, et hoc verum quando votum præcedit susceptionem habitus, alioquin si habitus præcedit votum non solemnizat; sic etiam intelligitur quod habitus non faciat monachum. »

2. C. III *in fine*, VI° *De reg.*, III, 14.

3. C. I, VI, *De reg.*, III, 4.

4. C. VI, *in fine*, X, *De statu mon.*, III, 35 : « Abdicatio proprietatis, sicut custodia castitatis adeo est annexa regulæ monachali ut contra eam nec Summus Pontifex possit licentiam indulgere. » Et la glose, v° *Abdicatio*.

5. *Summa*, p. 343 : « Si tamen inveniretur aliquæ congregationes in quibus permitterentur contrahere, sicut hodie potest poni in exemplum in repenitentibus et beguinabus et monasteriis canonicarum sæcularium, de quibus multa sunt in Germania... inter tales non impediretur matrimonium, quamvis diversæ professionis essent. Sed tales dicuntur improprie religiosi, cum hæc duo, scilicet carere proprio et servare continentiam, sint de substantia. Sed largo modo dicuntur religiosi, sicut hi qui in sæculo vitam religiosam ducunt. » Voyez à ce sujet l'anecdote qu'il raconte, *Summa*, p. 329 v°.

6. Thomassin, *Vetus et nova Ecclesiæ disciplina circa beneficia*, *Part. I*, l. II, c. LXV, n° 7 : « Saltem inficiabitur nemo qui Ecclesiæ annales vel a limite salutarit, quin militares complusculi ordines et monastici vere fuerint, et a continentiæ fræno soluti permissique honestis et legitimis illigari nuptiis. »

Urbain IV, Grégoire XI, Alexandre VI, octroyèrent cette permission à divers ordres[1]. Les interprètes accordaient cela avec la règle qui considérait le vœu de chasteté comme un trait essentiel de l'état monastique, en disant que la chasteté conjugale remplaçait ici la chasteté absolue[2].

VI

L'engagement dans les ordres sacrés, à partir de celui de sous-diacre (*ordo sacer*), est devenu, en droit canonique, un empêchement dirimant de mariage.

Dès qu'il se constitua un clergé dans la société chrétienne, la question se posa de savoir si les membres de ce clergé pouvaient entrer ou rester dans l'état de mariage, et deux tendances contraires manifestèrent leur action. D'un côté, le mariage apparaissait comme l'état naturel et normal de l'homme. Non seulement les pontifes et les flamines du paganisme contractaient mariage, mais aussi les prêtres et les lévites du peuple hébreu. La tradition de la primitive Église rapportait qu'en général les apôtres avaient été mariés[3], et la *Ire épître à Timothée* représentait l'évêque comme un homme marié, père de famille[4], lui imposant seulement cette restriction, qui fut étendue à tous ceux qui voulaient entrer dans le clergé, qu'il

1. Thomassin, *loc. cit.* Par exemple : « Concessit Gregorius XI Hispanis equitibus de Calatrava, ordinis Cisterciensis, in posterum ut conjugari possint hoc est *ut ordinis illius professio non contineret castitatem.* »

2. Thomassin, *loc. cit.* : « Vere religionem monasticam profitentur hi equites et tria solemnia emittunt vota, eo tantum discrimine, quod voto cælibatus, subrogata est castitas conjugalis. » — Covarruvias, *De matr.* (*Pars II*, c. III, § 1) nº 27 : « Item votum continentiæ quandoque intelligitur in castitate conjugali, ut in militibus Sancti Jacobi, qui profitentur castitatem conjugalem, et nihilominus religiosi sunt et tria vota substantialia profitentur. »

3. Voyez les textes cités par Zhishman, p. 451, note 2, et spécialement Ambrosius, *in II Cor.*, XI, 2 : « Omnes apostoli, exceptis Joanne et Paulo, uxores habuerunt. »

4. *I Timoth.*, III, 2 et 4 : « Oportet ergo episcopum irreprehensibilem esse, unius uxoris virum... suæ domui bene præpositum, filios habentem subditos cum omni castitate. »

ne devait s'être marié qu'une seule fois [1]. Mais, en même temps, une idée bien différente se faisait jour chez les chrétiens : c'est que le mariage était moralement inférieur à la continence, qu'il plaisait moins à Dieu ; saint Paul l'avait lui-même hautement proclamé [2]. Le sentiment chrétien démêlait une sorte d'impureté fatale dans les relations sexuelles, même entre époux [3]. Dès lors, n'était-il pas naturel d'exiger l'état plus parfait chez ceux qui devenaient les ministre du Seigneur ? N'était-il pas nécessaire d'éviter cette impureté à ceux qui devaient s'approcher de l'autel ? La discipline ordonnait aux gens mariés de s'abstenir des relations sexuelles lorsqu'ils voulaient se livrer à la prière; or, le prêtre devait incessamment vaquer à l'*oratio* [4]. Enfin, le prêtre devait complètement oublier les soucis du monde pour songer uniquement aux fidèles, dont il avait la garde ; or, ce détachement du monde n'est-il pas impossible chez l'homme marié [5] ?

De ce conflit entre des forces opposées, qu'allait-il sortir ? Sur ce point, la chrétienté se divisa de bonne heure. L'Église orientale fit une part à chacune des deux tendances, et arrêta bientôt un système qu'elle a conservé depuis, sans sérieuses altérations. L'Église occidentale, au contraire, fit dominer presque exclusivement la seconde tendance ; elle aboutit au célibat, ou, du moins, à la continence nécessaire de tous les clercs engagés dans les ordres sacrés. Mais, bien qu'elle eût posé de bonne heure les principes essentiels qui comman-

1. C'était peut être une idée semblable qui avait inspiré à l'antiquité romaine les prescriptions concernant le *flamen dialis* que rapporte Aulu-Gelle, *Noctes Atticæ*, X, 12. 22 et 23 : « Uxorem si amisit, flaminio decedit. Matrimonium flaminis, nisi morte, dirimi non est jus. »

2. *I Cor.*, VII, 8, 9 : « Dico autem non nuptis et viduis : bonum est illis si sic permaneant, sicut et ego. Quod si se non continent, nubant. Melius est enim nubere quam uri. »

3. Löning, *op. cit.*, I, p 179 et suiv.

4. Voyez les textes rassemblés dans la C. XXXIII, qu. 4, où est traité ce sujet : « Si tempore orationis quis reddere valeat conjugii debitum. »

5. Voyez spécialement, Chrysost. *in I Tim.* (III, 1-4) : Εἰ τοίνυν ὁ γαμήσας μεριμνᾷ τὰ τοῦ κόσμου, τὸν δὲ ἐπίσκοπον οὐ δεῖ τὰ τοῦ κόσμου μεριμνᾶν, πῶς φῆσι, μιᾶς γυναικὸς ἄνδρα.

daient cette solution, elle n'aboutit que relativement assez tard à un système définitif [1].

Le principe s'établit, dans le cours du IIIe siècle, que les clercs des ordres supérieurs, lorsqu'ils recevaient les ordres étant célibataires, ne devaient pas se marier après leur ordination; c'est la règle que les Constitutions apostoliques appliquent aux évêques, aux prêtres et aux diacres[2]. Les Canons des apôtres ne permettent le mariage qu'aux ἀναγνώσται et aux ψάλται[3]. Au commencement du IVe siècle, le concile de Néocésarée punissait de la déposition le prêtre qui contractait mariage[4]. Au concile de Nicée, l'évêque Paphnutius présentait cette règle comme étant une ancienne tradition de l'Église, ἀρχαίαν παράδοσιν τῆς Ἐκκλησίας[5], et ce sera dès lors un principe constant. Il y eut seulement quelque hésitation sur le point de savoir si la prohibition devait comprendre les diacres et les sous-diacres[6], mais la doctrine se fixa dans le sens de l'affirmative.

Mais, d'un autre côté, la primitive Église respecta pleinement le mariage des clercs, lorsqu'ils arrivaient déjà mariés aux ordres supérieurs, dont l'accès ne leur était point interdit en cette qualité. Le 5e Canon des apôtres punit l'évêque, le prêtre ou le diacre, qui répudie sa femme sous prétexte de piété[7], et le concile de Gangres (a. 350) frappa d'excommunication ceux

1. Sur cette question du mariage des prêtres, voyez principalement : Thomassin, *Vetus et nova Ecclesiæ disciplina, Part. I*, lib. II, c. LX et suiv. — Ant. et Aug. Theiner, *Die Einführung der gezwungen Ehelosigkeit bei den katholischen Geistigen und ihre Folgen.* — Freisen, *op. cit.*, p. 719 et suiv.

2. Const. Ap., VI, 17 : Ἐπίσκοπον δὲ καὶ πρεσβύτερον καὶ διάκονον εἴπομεν μονογάμους καθίστασθαι, κἂν ζῶσιν αὐτῶν αἱ γαμεταί κἂν τεθνᾶσι· μὴ ἐξεῖναι δὲ αὐτοῖς μετὰ χειροτονίαν ἀγάμοις οὖσιν ἔτι ἐπὶ γάμον ἔρχεσθαι.

3. Can. 26 : Τῶν εἰς κλῆρον προσελθόντων ἀγάμων κελεύομεν βουλομένους γαμεῖν, ἀναγνώστας καὶ ψάλτας μόνον.

4. C. I, C. IX, D. XVIII : « Presbyter, si uxorem duxerit, ab ordine illum deponi debere. »

5. Socrate, *Hist. eccl.*, I, c. XI.

6. Le concile d'Ancyre (a. 314), c. X, chercha un moyen terme, en permettant au diacre le mariage lorsque, lors de son ordination, il avait déclaré vouloir se marier; c. VIII, D. XXVIII.

7. Ἐπίσκοπος, ἢ πρεσβύτερος ἢ διάκονος τὴν ἑαυτοῦ γυναῖκα μὴ ἐκβαλλέτω· ἐὰν δὲ ἐκβάλῃ, ἀφοριζέσθω. Cf. c. LI (50).

qui refuseraient de prendre part au service divin, par ce motif que le prêtre était marié[1]. La discipline ecclésiastique, par ces décisions, ne proclamait pas seulement le maintien du lien conjugal, elle admettait aussi la permanence du devoir conjugal et des relations entre époux. Au concile de Nicée, les Occidentaux, qui, déjà, avaient admis chez eux l'obligation de continence absolue pour le clergé des ordres supérieurs, voulurent faire triompher cette doctrine, et demandèrent que les clercs mariés, appartenant à ces ordres, fussent tenus de cesser tout commerce avec leurs femmes. Mais cette tentative échoua devant une résistance énergique de la part des Orientaux, dont Paphnutius, évêque de la Haute-Thébaïde, se fit l'interprète[2]. Bien que lui-même vécût dans un état de chasteté complète, il déclara hautement que c'était vouloir imposer au clergé un fardeau insupportable[3].

L'Église orientale est restée fidèle à ces prémisses. Le synode *in Trullo* de 692, qui a fixé pour elle définitivement les principes, a déclaré expressément : « Suivant l'ancien Canon de la perfection et de l'ordre apostoliques, nous reconnaissons comme subsistant les mariages légitimes des clercs, et ne voulons en aucune façon dissoudre le lien qui les unit à leurs

1. C. xv, D. XXVIII.

2. C. xii, D. XXXI, d'après l'*Historia tripartita* de Cassiodore.

3. Thomassin révoque en doute l'authenticité de ce fait, Part. I, lib. II, c. lx, n° 15 : « Si Paphnutium episcopum illum objicias nobis, qui Nicænis Patribus intersit ne canonem conderent, quo episcopi, presbyteri, diaconi ac subdiaconi juberentur abstinere se ab illis quas ante ordinationem duxerant uxores, propterea quod antiqui canones solas post ordinationem nuptias prohiberent : dicam Socratis et Sozomenis, quibus authoribus hæc circumferuntur, non tantum esse authoritatis pondus ut in re tanta, si quid soli dixerint, fidem extorqueant. » Mais il n'y a aucune bonne raison de révoquer en doute le témoignage de Socrate (I, 8) et de Sozomène (I, 23) reproduit par Cassiodore. Le fait est d'autant plus vraisemblable qu'il correspond à la divergence postérieure des Églises orientale et occidentale. La critique moderne admet sans hésitation la vérité du récit. Hinschius, *Kirchenrecht*, I, p. 445; Freisen, p. 721; Zhishman, *op. cit.*, p. 455. — Ce qui peut étonner cependant, c'est que le concile de Nicée n'ait pas fait figurer expressément l'épouse parmi les femmes dont le séjour est exceptionnellement autorisé dans la maison du prêtre (c. iii). Mais cela allait de soi, les seules femmes dont le concile se préoccupe étant celles « sujettes au soupçon. »

femmes, ni leur interdire les relations conjugales avec elles aux temps convenables. Si donc quelqu'un est trouvé digne d'être ordonné sous-diacre, diacre ou prêtre, il ne pourra pas être écarté de ce grade par la raison qu'il vit avec une épouse légitime. Et l'on n'exigera point de lui, lors de son ordination, la promesse qu'il s'abstiendra des rapports conjugaux avec sa femme légitime, afin que nous ne soyons point conduits par là à ravaler le mariage qui a été institué par Dieu et sanctifié par sa présence. L'Évangile nous dit : Que l'homme ne sépare pas ce que Dieu a uni! Et l'apôtre enseigne : Que le mariage soit honoré et le lit nuptial immaculé; et encore : Si tu es uni à une femme, ne cherche point à t'en désunir[1]. » L'Église grecque maintient donc, avec tous ses effets, le mariage du sous-diacre, diacre ou prêtre, pourvu qu'il ait été contracté par lui avant qu'il ait reçu l'ordre de sous-diacre; elle exige seulement de lui, par mesure disciplinaire, une continence relative, restreinte à certains jours et à certaines heures[2]. Elle ne s'est écartée de cette règle que sur un point. Dès le VI^e^ siècle, l'idée s'était fait accepter que l'évêque devait fournir l'exemple d'une continence absolue et devait, par suite, se séparer de sa femme, s'il était marié[3]. La législation de Justinien avait même tiré de là des conséquences extrêmes. Elle avait décidé que l'homme ayant actuellement une femme et des enfants ne pourrait être ordonné évêque[4]. Mais les décisions du synode *in Trullo*[5] réagirent contre cette rigueur. Il resta seulement ceci, que le clerc marié, promu à la dignité épiscopale, devait se séparer de sa femme; et les canonistes estimèrent qu'il en résultait une véritable dissolution du lien conjugal[6].

D'autre part, l'ancienne prescription qui défendait aux clercs

1. Synode *in Trullo*, c. XIII. Zhishman, p. 451, note 6.
2. Zhishman, *op. cit.*, p. 456.
3. Zhishman, *op. cit.*, pp. 460, 462 note 2.
4. L. 42, § 1, C. I, 3; *Nov.* 6, c. 1; *Nov.* 123 et 137.
5. Can. 12 et 48; confirmés par la *Novelle* 2 de Léon le Philosophe.
6. Zhishman, p. 463.

de contracter mariage à partir de l'ordre de sous-diacre reçut, dans l'Église orientale, une précision et une sanction particulières. Non seulement de tels mariages restèrent soumis aux peines ecclésiastiques prononcées par les conciles, mais une constitution de Justinien, du 18 octobre 530, les déclara radicalement nuls[1]. Pour employer notre langage, la qualité de sous-diacre, diacre ou prêtre était devenue un empêchement dirimant de mariage[2].

L'Église occidentale, nous l'avons vu, se distingua de bonne heure en un point : elle proclama l'obligation de continence absolue pour les clercs des degrés supérieurs, les ministres de l'autel. Dès l'année 306, le concile d'Elvire décidait que ceux qui étaient mariés et parvenaient à ces grades devaient s'abstenir de toutes relations conjugales[3]. En 314, le premier concile d'Arles reprenait cet ordre[4], et nous savons que les Occi-

1. L. 45, C., *De ep.*, I, 3 : « Sacris canonibus neque Deo amantissimis presbyteris neque reverendissimis diaconis, aut subdiaconis nuptias contrahere post hujusmodi ordinationem permittentibus, sed solis reverendissimis psaltis et lectoribus id concedentibus, animadvertimus quosdam despicientes quidem sacros canones, pueros autem generantes ex quibusdam mulieribus, quibus conjungi secundum sacerdotalem censuram non possunt. Quoniam igitur pœna facinoris hujus in sola sacerdotii erat amissione, sacros autem canones non minus quam leges valere etiam nostræ volunt leges, sancimus obtinere in illis et quæ sacris visa sunt canonibus, perinde ac si civilibus inscriptum esset legibus... et secundum nostras leges rem ipsam prohiberi et, præter supradictam excidendo ministerio pœnam, ne legitimos quidem et proprios esse eos qui ex hujusmodi inordinata constupratione nascuntur aut nati sunt... Tales enim eos esse disponimus, quales quos leges ex incestis aut nefariis natos nuptiis definiunt. »

2. Cependant, chose curieuse, l'opinion s'est produite, et paraît assez accréditée dans l'Église orientale, qu'on ne doit voir là qu'un empêchement prohibitif, Zhishman, p. 478. — Pour achever de faire comprendre le système de cette Eglise il est bon d'ajouter que l'usage s'y est introduit de ne donner aux clercs, à l'exception des moines, l'ordination de sous-diacre, que s'ils se sont préalablement mariés. Zhishman, p. 477. C'est, en quelque sorte, le mariage obligatoire pour le clergé séculier.

3. C. XXXIII (Bruns, II, p. 6) : « Placuit in totum prohibere episcopis, presbyteris et diaconis vel omnibus clericis positis in ministerio abstinere se a conjugibus suis et non generare filios; quicumque vero fecerit ab honore clericatus exterminetur. »

4. C. XXIX (Bruns, p. 111) : « Suademus fratribus ut sacerdotes et levitæ cum uxoribus suis non cocant, quia ministerio quotidiano occupantur. Qui-

dentaux essayèrent de faire triompher cette règle au concile de Nicée. Ils ne réussirent point, mais ils en poursuivirent l'application avec constance dans leur propre Église, et nous trouvons sur ce sujet toute une législation très touffue, du IVe au IXe siècle, dans les décisions des conciles particuliers et dans les décrétales des papes[1]. Conduite avec un grand esprit de suite, cette législation ne varie guère que sur deux points. D'un côté, tantôt les sous-diacres sont soustraits à la règle, comme les clercs inférieurs, tantôt ils y sont soumis[2], mais c'est cette dernière tendance qui l'emporte, surtout dans les décrétales des papes. D'autre part, les peines prononcées contre les clercs contrevenants n'étaient pas toujours les mêmes. Le plus souvent, c'était la déposition et l'excommunication; mais, parfois, un esprit plus tolérant se faisait jour; on interdisait seulement au contrevenant l'accès des grades supérieurs et le ministère du culte[3]. D'ailleurs, ce n'était pas une dissolution du lien conjugal que le droit canonique édictait alors : le mariage subsistait[4], et une constitution de l'empereur Honorius, de l'année 420, reproduite dans la *Lex romana Wisigothorum*, ordonne au clerc de fournir à l'entretien de sa femme[5]. Au cours du VIe siècle, c'était chose normale en Gaule que le prêtre et l'évêque fussent mariés et vécussent avec leur femme dans la même maison, pourvu qu'ils ne couchassent pas dans le même lit[6] ni dans la même chambre, et les

cumque vero contra hanc constitutionem fecerit, a clericatus honore deponatur. » Mais, seuls, les vingt-trois premiers Canons de ce concile sont sûrement sincères et authentiques.

1. Le relevé en est très soigneusement fait dans Freisen, *op. cit.*, p. 724 et suiv. Beaucoup de documents sont rassemblés dans le Décret de Gratien, D. XXVIII et suiv.

2. Le concile de Carthage de 401, c. IV, laissait la solution de ce point à la coutume des diverses Églises : « Cæteros autem clericos ad hoc non cogi, sed secundum uniuscujusque Ecclesiæ consuetudinem observari debere. »

3. Par exemple, concile de Tours de 460, c. II (Bruns, p. 140).

4. C. X, D. XXXI (Léon Ier à Rusticus de Narbonne).

5. L. 44, *C. Th.*, XVI, 2.

6. *Concil. Aurelianense II* (a. 541), c. XVII (Bruns, p. 204) : « Ut sacerdotes et diaconi cum conjugibus suis non habeant communem lectum et cellulam, ne propter suspicionem carnalis consortii religio maculetur. »

textes parlent couramment de la *presbytera* et de l'*episcopa*[1].

En édictant ces règles sévères, l'Église occidentale appliquait à plus forte raison le principe ancien qui défendait aux clercs de contracter mariage, lorsqu'ils avaient accédé, étant célibataires, aux ordres supérieurs. Ici, encore, la législation variait, suivant les temps et suivant les lieux, sur l'application de la règle aux sous-diacres[2]; mais la papauté tendait à les comprendre dans la prohibition[3]; parfois, d'autres encore y étaient compris[4]. Seulement, la loi civile n'étant point intervenue, comme en Orient, pour renforcer cette défense, ce n'était pas là un empêchement dirimant du mariage. Le clerc, qui contrevenait en se mariant, était puni de peines ecclésiastiques, de la déposition et de l'excommunication, mais le mariage n'était pas déclaré nul.

Le respect de ces règles semble même au VIII[e] siècle s'être assez difficilement maintenu en Gaule. En l'année 747, le roi Pépin écrit au pape Zacharie pour lui demander quels sont les clercs qui doivent cesser tout commerce conjugal[5]. En l'année 758 ou 768, le concile de Verberie décide que, si un prêtre a épousé sa nièce, il doit être séparé d'elle et perdre son grade[6]; cela implique, d'abord, que le mariage contracté par un prêtre

1. *Concile d'Auxerre* (a. 585), c. XXI (Bruns, p. 239) : « Non liceat presbytero post acceptam benedictionem in uno lecto cum presbytera sua dormire. » — *Concil. Turonense II* (a. 567), c. XII (Bruns, p. 227) : « Episcopus conjugem ut sororem habeat, et ita sancta conversatione gubernet domum omnem tam ecclesiasticam quam propriam, ut nulla suspicio quacumque ratione consurgat. » C. XIII : « Episcopum episcopam non habentem nulla sequatur turba mulierum, licet salvetur vir per mulierem fidelem sicut et mulier per virum fidelem. »

2. Freisen, *op. cit.*, pp. 728, 734.

3. Voyez, par exemple, une Lettre de Léon I[er] (a. 594), c. XX, C. XXVII, qu. II, et c. II, D. XXXII.

4. *Conc. Veneticum* (a. 465), c. XXI : « Presbyteri, diaconi, subdiaconi vel deinceps, quibus ducendi uxores licentia non est, etiam alienarum nuptiarum evitent convivia. »

5. *Codex Carolinus*, éd. Jaffé, p. 25 : « Undecimum capitulum; qui clerici etiam ab uxoribus abstinere debeant. »

6. C. III (Boret., p. 40) : « Si quis presbyter neptam suam uxorem habuerit, ipsam dimittat et gradum perdat. »

était valable en lui-même, s'il n'intervenait point quelque autre cause de nullité; mais cela semble aussi révéler un état social où les mariages des prêtres étaient fréquents et tolérés. Ailleurs, il en était sans doute de même. A la fin du IXe siècle, Nicolas Ier, dans sa célèbre réponse *Ad consulta Bulgarorum*, déclare qu'un prêtre qui vit en état de mariage est fort répréhensible, mais que ses paroissiens ne doivent point pour cela le rejeter[1], ou lui refuser leur obéissance et leurs oblations.

Mais, si cette discipline était difficile à maintenir lorsque la société était encore régulièrement organisée et gouvernée, elle le fut bien plus encore dans cette période de profonde décomposition sociale que représente le Xe siècle en Occident. Pendant que la féodalité émiettait l'autorité civile, l'autorité ecclésiastique, constituant le gouvernement régulier de l'Église, s'affaiblissait aussi. Il n'est pas douteux qu'il s'introduisit alors une tolérance, et presque une coutume, qui permettait le mariage aux clercs des ordres supérieurs, et qu'en fait beaucoup d'entre eux étaient mariés. Cela ressort de la violente réaction qui se produira contre cet état de choses dans la seconde moitié du XIe siècle, et du témoignage de ceux qui prirent une part active à la lutte sous Grégoire VII. Damiani, en particulier, fournit des indications qui ne laissent aucun doute. Il nous montre la plupart des prêtres de son temps ayant non seulement des concubines, mais des femmes épousées par eux publiquement et dans les formes[2]. Il ajoute, à cette constatation

1. C. LXX (Migne, *Patrol. lat.*, t. CXIX, p. 1004) : « Consulendum decernistis utrum presbyterum uxorem habentem debeatis sustentare et honorare, an a vobis projicere. Quo respondemus, quoniam, licet ipsi valde reprehensibiles sint, vos tamen Dominum imitari convenit, qui solem suum, ut Evangelium testatur, oriri facit super bonos et malos... dejicere vero eum a vobis ideo non debetis. »

2. *De cælibatu sacerdotum* (Migne, *Patrol. lat.*, t. CXLV, p. 380) : « Omni pudore postposito, pestis hæc in tantam prorupit audaciam ut per ora populi volitent loca scortantium, nomina concubinarum, socerorum quoque vocabula simul et socruum, fratrum denique et quorumlibet propinquorum : et ne quid deesse videatur, testimonio sunt discursio nunciorum, effusio munerum, cachinnantium joca, secreta colloquia, postremo, ubi omnis dubietas tollitur, uteri tumientes et pueri vagientes. »

générale, des faits précis et circonstanciés[1], comme on en trouve également dans les Lettres de Grégoire VII[2]. L'Italie, la France, l'Angleterre étaient envahies par ce mal[3]. C'était une condition ouvertement tolérée, et Damiani, avant le pontificat de Grégoire VII, constate encore que l'autorité ecclésiastique ferme les yeux et n'ose réprimer[4]. Il y a plus : nombre d'évêques percevaient une redevance sur les clercs mariés ou vivant en état de concubinage, régularisant ainsi leur état[5].

Une réaction était inévitable, car ce n'était pas seulement le mariage mais aussi la débauche qui s'introduisait publiquement dans le clergé. Dès la première moitié du XI^e^ siècle, des conciles particuliers renouvelèrent les anciennes prohibitions[6]. Ils avaient pour eux le sentiment populaire : on le vit bien en Italie où se forma l'espèce de coalition qu'on appela la *Pataria* et qui

1. *Secunda dissertatio... domno Cunibercto reverendissimo episcopo* (Migne, t. CXLV, p. 408) : « In Galliarum partibus... presbyter habitabat qui nimirum quanta copia facultatis uberius affluebat, tanto magis religionis et honestatis premebatur inopia. Obeunte igitur pellice, viduatus adjecit iterare conjugium. Quid plura? Confœderat sibi quasi tabularum lege prostibulum; amicorum atque confinium congregat nuptiali more conventum, epulaturis etiam totius affluentiæ providet apparatum... Quidquid nuptialis ordo dictabat implevit. »

2. *Monumenta Gregoriana*, éd. Jaffé, II, 10, p. 124 : « (Tullensis episcopus) cum muliere quadam in publica fornicatione jaceret, de qua filium genuisset, quamque rumor esset sacramento et desponsatione laicorum more sibi copulasse. »

3. *Bonitho ad amicum* (dans Jaffé, *Monumenta Gregoriana*), pp. 638, 639, 640, 645.

4. *De cælibatu sacerdotum* (Migne, t. CXLV, p. 380) : « Nostris quippe temporibus genuina quædammodo Romanæ Ecclesiæ consuetudo servatur, ut de cæteris quidem ecclesiasticæ disciplinæ studiis examen, prout dignum est, moveat; de clericorum vero libidine, propter insultationem sæcularium, dispensatione conquiescat. Quod certe satis correctione dignum est, ne unde vulgus omne queritur, inde potissimum a magistris Ecclesiæ in judicio taceatur. »

5. *Bonitho ad amicum*, p. 644 : « Concilio igitur rite celebrato (a. 1059), cum magnas a concubinatis sacerdotibus et levitis accepissent pecunias, decreta papæ celaverunt. » — *Greg. VII Huzmanno ep. Spirensi* (V, 18, p. 315) : « Si quis episcopus fornicationem presbyterorum, diaconorum seu subdiaconorum vel crimen incestus in sua parrochia, *precibus vel pretio interveniente, consenserit*, vel commissum sibique compertum auctoritate sui officii non impugnaverit, ab officio suspendatur. »

6. Thomassin, *op. cit., part. I*, lib. II, c. LXV, n^os^ 1, 2, 3 (*Concilium Tici-*

consistait à refuser toute obéissance et respect aux prêtres mariés, concubinaires[1] et simoniaques. La papauté prit la direction du mouvement. Les papes Léon IX[2], Victor II, Étienne X, Nicolas II, Alexandre II, de 1048 à 1073, répétèrent dans de fréquents conciles la prohibition de mariage pour tous les clercs à partir du grade de sous-diacre[3], et sévirent contre les concubinaires. L'exagération des mesures édictées alors montre à la fois l'étendue du mal et l'impuissance de la répression. Ainsi, Léon IX, au concile de Rome, en 1049, décida que toutes les femmes qui seraient dorénavant trouvées dans Rome, vivant avec des prêtres, seraient adjugées comme *ancillæ* au palais du Latran, et Damiani demandait que cette mesure fût étendue à tous les diocèses[4]. Le pape Étienne X chassa des églises de Rome tous les prêtres mariés et concubinaires; mais son édit fut mal exécuté[5].

nense, a. 1020, *Bituricense*, a. 1031). Il semblerait même, comme le fait observer Thomassin, que ces conciles avaient voulu interdire le mariage à tous les clercs, même à ceux des degrés inférieurs. — Pour l'Angleterre, voyez Freisen, *op. cit.*, p. 734.

1. *Bonitho ad amicum*, p. 639 : « Eis paupertatem improperantes, paterinos, id est pannosos, vocabant... crescebat quotidie gloriosum genus Paterinorum. » P. 644 : « Quod factum non mediocre Patariæ dedit incrementum. Nam non solum Brixiæ sed et Cremonæ et Placentiæ et per omnes alias provincias multi se a concubinatorum abstinebant communione. »

2. C. XI, D. XXXI; c. XIV, D. XXXII.

3. *Bonitho ad amicum*, passim. — Freisen, *op. cit.*, p. 738 et suiv.

4. Damiani, *Dissertatio secunda contra clericorum intemperantiam* (Migne, t. CXLV, p. 414) : « In plenaria synodo sanctæ memoriæ Leo papa constituit ut quæcunque damnabiles feminæ intra Romana mœnia reperirentur presbyteris prostitutæ, ex tunc et deinceps Lateranensi palatio adjudicarentur ancillæ. Quod videlicet salutare statutum æquitatis justitiæque plenissimum, nos etiam per omnes ecclesias propagandum esse decernimus, quatenus, percepto prius apostolicæ sedis edicto, unusquisque episcopus Ecclesiæ suæ vindicet feminas, quas in sua parochia deprehenderit sacrilega presbyteri admistione substratas. Æquitatis scilicet jure, ut, quæ sacris altaribus rapuisse servorum Dei convincuntur obsequium, ipsæ hoc saltem episcopo per deminuti capitis sui suppleant famulatum. » — Ces derniers mots sont un des passages qui indiquent chez Damiani la connaissance familière du droit romain.

5. Damiani, *Dissertatio secunda*, p. 409 : « Alio quoque tempore, cum papa Stephanus omnes clericos Romæ, qui post interdictum papæ Leonis inconti-

Dès les débuts de son pontificat, Grégoire VII reprit cette lutte, avec l'énergie âpre, qui fait en partie sa grandeur. Aux conciles de Rome de 1073, 1074, 1075, il réédita la prohibition de mariage contre les prêtres, diacres et sous-diacres, et, cette fois, une volonté puissante en poursuivit l'application avec une persévérance infatigable. Il rencontra d'énergiques résistances, car il portait atteinte à bien des passions et à bien des intérêts. Déjà, dans le passé, plus d'une fois les parents et alliés des prêtres mariés avaient suscité de véritables émeutes, lorsqu'on voulait imposer la règle du célibat[1]. Les évêques, pour la plupart, étaient peu disposés à y tenir la main, et l'on voit, par la correspondance de Grégoire VII, combien il était obligé de les gourmander et de les réconforter[2].

Ce n'étaient pas d'ailleurs seulement des résistances de fait, dictées par l'intérêt, que rencontrait cette grande entreprise, mais aussi, ce qui nous intéresse spécialement, des résistances doctrinales. Les partisans du mariage des prêtres avaient édifié, pour en justifier la légitimité, une théorie dont on retrouve la trace très nette dans les écrits de Damiani. Ils invoquaient, d'abord, les paroles de saint Paul, ordonnant le mariage à tous ceux qui ne peuvent résister à la tentation, et faisaient ressortir la généralité de ses termes[3], qui n'exceptaient point les prêtres. Ils invoquaient, en second lieu, un décret du concile de

nentes extiterant, de conventu clericorum præcepisset exire... Tamen quia sancto viro inobedientes fuerant... juxta canonicam Beatæ Cæciliæ... presbyter habitabat, quod nec feminam ullo modo acquiescebat abjicere, nec unquam poterat hæc statuta nisi vana prorsus et frivola judicare. »

1. *Bonitho ad amicum*, pp. 639, 644, 660.

2. Voyez les lettres suivantes, éd. Jaffé : I, 30, *Ad Geboardum, ep. Salzburgensem*; — II, 10, *Ad Udonem, Trevirensem arch.*; — II, 61, *Ad Dietwinum Leodensem, ep.*; — II, 62, *Ad Sichardum, ep. Aquileiensem*; — II, 66, *Ad Burchardum, Halberstadensem ep.*; — II, 67, *Ad Annonem, arch. Coloniensem*; — II, 68, *Ad Wezelinum, arch. Magdeburgensem*; — III, 4, *Ad Sigefridum, arch. Moguntinum*; — V, 18, *Ad Huzmannum, ep. Spirensem.*

3. *Opusculum contra intemperantes clericos* (Migne, t. CXLV, p. 392) : « Sed dicunt : Nonne dicit apostolus propter fornicationem unusquisque suam uxorem habeat, et unaquæque virum suum; vir uxori debitum reddat et uxor viro. Ecce, inquiunt, hæc apostolica verba generalia sunt; et, dum unicuique nubendi licentiam tribuunt, nos excipere non videntur. »

Tribur qu'il n'est pas très aisé de déterminer et que Damiani[1] n'a pas l'air de bien connaître[2]. Enfin, beaucoup de prêtres faisaient valoir leur pauvreté, qui rendait indispensable le secours d'une épouse, pour gouverner le ménage, suppléer à l'aisance par l'ordre et l'économie[3].

Ces résistances et ces doctrines ne devaient point prévaloir : l'impulsion donnée par Grégoire VII devait avoir le dessus. En ce point, il fut certainement le grand réformateur de l'Église occidentale ; mais, quoi qu'on ait dit, il n'innova point en cette matière. Il appliqua simplement les règles anciennes avec plus d'énergie que ses prédécesseurs ; il n'en introduisit

1. *Dissertatio secunda contra clericos intemperantes* (Migne, t. CXLV, p. 402) : « Aliquando cum me Laudensis Ecclesiæ tauri pingues armata conspiratione vallarent ac furioso strepitu vituli multi infrenderent, tanquam ructum fellis in os meum evomere, dicentes : Habemus auctoritatem Triburiensis, si tamen ego nomen teneo, concilii, quæ promotis ad ecclesiasticum ordinem ineundi conjugii tribuat facultatem. Quibus ego respondi : Concilium, inquam, vestrum quod vultis nomen accipiat; sed a me non recipitur, si decretis Romanorum pontificum non concordat. »

2. Le Canon visé au concile de Tribur ne peut être, croyons-nous, que le Canon 27 (Labbe, *Concilia*, t. IX, p. 452), où nous lisons : « Statuimus ut clericus ecclesiastice nutritus in Ecclesia coram populo vel legens vel cantans, si postmodum, relicto clericali habitu, a castris dominicis, quibus ascriptus est, profugus et apostata elabitur et ad sæculum egreditur, ab episcopo canonice coerceatur ut ad sinum matris Ecclesiæ revertatur. Quod si in hac indisciplinatione perdurat, ut comam nutriat, constringatur ut iterum detondeatur, *et postea nec uxorem accipiat nec sacrum ordinem attingat.* » Évidemment le clerc, dont il est ici question, perd, à titre de peine, le droit de se marier; cela suppose donc qu'en principe ce droit lui appartient. Mais il s'agit d'un simple *lector* ou *cantor*, d'un clerc qui n'est point parvenu à l'*ordo sacer*, de ceux par conséquent à qui le mariage était et restera permis. Grégoire VII, dans une lettre curieuse prémunit contre ces raisonnements Albert, *comes Ballenstedensis*, et Adelheida, sa femme; II, 11 (p. 126). « Quapropter quidquid illi contra nos, immo contra justitiam garriant, et pro defendenda nequitia sua, vobis, qui illiterati estis, objiciant, vos in puritate et constantia fidei vestræ permanentes, quæ de sacerdotibus simoniacis aut in fornicatione jacentibus ab apostolica sede accepistis, firmiter tenete et credite. »

3. Damiani, *De cælibatu sacerdotum* (Migne, t. CXLV, p. 392) : « At nonnulli super hac questione conventi ad paupertatis illico patrocinium convolant, unde sibi clypeum frivolæ excusationis opponunt : Muliebris, inquiunt, sedulitatis auxilio carere non possumus, quia rei familiaris inopiam sustinemus. »

point de nouvelles[1]. Il résulte de là que le prêtre, diacre ou sous-diacre qui se mariait, était punissable, frappé de dégradation et d'excommunication ; mais, comme dans le droit antérieur, le mariage restait valable. Dans les nombreuses décisions et lettres de Grégoire VII, qui traitent de la matière, on ne trouve rien dont on puisse déduire la nullité du mariage.

Les récalcitrants, même, sont d'abord simplement frappés de l'interdiction du saint ministère et privés de tout bénéfice[2] ; et le pape semble inviter ceux qui ne pourraient se résoudre à quitter leurs femmes, à abandonner l'autel pour vivre de la vie du siècle[3]. La sanction la plus énergique, qu'il donnera à ses prohibitions, sera d'inviter les fidèles à refuser toute obéissance aux évêques et aux prêtres récalcitrants, et à repousser leur ministère, comme l'avait fait la *Pataria*[4].

Cependant, on pourrait conclure d'un passage, en apparence très net, de Diamiani, que, dès le milieu du XI^e^ siècle, le ma-

1. Il le dit lui-même à plusieurs reprises ; *Mon. Greg.*, II, 61 : « Præcipimus etiam ut admoneas et coerceas quoscumque sacri ordinis ministros caste vivere et concubinas omnino derelinquere ; et extermina nefas *secundum Patrum traditionem*, quod temporibus modernis inolevit ex taciturnitate Patrum. » — Cf. II, 62 ; II, 67 : « Antiquorum Patrum sanctiones Spiritu Sancto predicante prolatas, officii nostri necessitate, in medium propalamus. »

2. *Mon. Greg.*, *II*, 62 (p. 182) : « Decrevimus (in synodo Romano, 1074) enim : Quod si quis eorum ordinum qui sacris altaribus administrant, presbyter scilicet, diaconus et subdiaconus uxorem vel concubinam habet, nisi illis omnino dimissis, dignam pœnitentiam agant, sacris altaribus penitus administrare desistant, nec aliquo Ecclesiæ beneficio ulterius potiantur sive potitis fruantur. »

3. *Mon. Greg.*, *II*, 67 (p. 187) : « Non ulterius sibi licere quod in perniciem sui hactenus usurparunt, cum tolerabilius omnino sit cessare ab officio, quam incestam vel etiam molestam suo Salvatori ingerere servitutem. »

4. *Mon. Greg.* (*Epistolæ collectæ*), n° 10, p. 532 : « Omnibus clericis et laicis in regno Teutonicorum constitutis. Audivimus quod quidam episcoporum apud vos commorantium ut sacerdotes et diaconi et subdiaconi mulieribus commisceantur aut consentiant aut negligant. His præcipimus vos nullo modo obedire vel illorum præceptis consentire. » — N° 28, p. 554 : « Italicis et Teutonicis. Si qui sunt presbyteri, vel diaconi, vel subdiaconi, qui jaceant in crimine fornicationis, interdicimus eis, ex parte omnipotentis Dei et auctoritate sancti Petri, introitum Ecclesiæ, usque dum pœniteant et emendent. Si qui vero in peccato suo perseverare maluerint, nullus vestrum officium eorum auscultare præsumat. »

riage contracté par un prêtre, diacre ou sous-diacre, était regardé comme radicalement nul, et l'*ordo sacer* comme un empêchement dirimant. Damiani déclare, en effet, que les femmes des clercs qui ne peuvent pas légalement contracter mariage, doivent être appelées, non pas épouses, mais concubines ou prostituées[1]. Mais, en y regardant de près, et en pesant les termes, on est fondé à croire qu'ici Damiani se réfère, non au droit canonique de son époque, mais au droit de Justinien, qui, nous l'avons vu plus haut, prononçait formellement la nullité d'un semblable mariage, mais qui n'avait point été reçu par l'Église occidentale[2]. Ce qui me paraît autoriser cette interprétation, ce sont les mots : *Qui matrimonium nequeunt* legali jure *contrahere*. Chez les canonistes, les termes *leges*, *legale jus*, avaient un sens technique depuis longtemps arrêté, et désignaient le droit romain par opposition au droit canonique[3]. Cette interprétation d'ailleurs est commandée par une décision en sens contraire et très nette, que donne postérieurement Yves de Chartres. Il fut consulté par Gualo, évêque de Paris, sur le fait d'un chanoine de cette église qui avait contracté mariage[4], et déclara formellement que le clerc de-

1. *Dissertatio tertia contra clericos intemperantes*, *Adelaidi excellentissimæ ducissæ* (Migne, t. CXLV, p. 418) : « Illorum vero clericorum feminas, *qui matrimonia nequeunt legali jure contrahere*, non conjuges sed concubinas potius, sive prostibula congrue possumus appellare. »

2. J'en dirai autant de ce passage des *Exceptiones Petri* (II, 58) : « Presbyter, diaconus, subdiaconus, si uxorem duxerit... ab omni clericatus ordine deponatur, nec deinceps inter legitimos homines habeatur, filiis ex hoc incesto natis coitu in bonis patris vel matris nullo jure gratuito nullo tempore aliquid accepturis. » — L'auteur se réfère ici évidemment et seulement à la loi 45, C. I, 3. Ce passage ne peut donc servir à dater le *Petrus*, comme le croyait M. Ad. Tardif, *Histoire des sources du droit français* (Origines romaines), p. 219.

3. Remarquez la manière très différente dont s'exprime le pape Innocent II, en promulguant le Décret du concile de Latran de 1139, qui, lui, annulait radicalement le mariage des prêtres, diacres et sous-diacres; c. XL, C. XXVII, qu. 1 : « Hujusmodi namque copulationem, *quam contra ecclesiasticam regulam constat esse contractam*, matrimonium non esse censemus. »

4. *Ep. CCXVIII*, p. 379 : « De canonico Ecclesiæ vestræ, qui, contra prohibitionem vestram, matrimoniales tabulas sibi composuit. » A l'époque de la prélature d'Yves, de semblables mariages n'étaient point encore très rares

vait être privé de son bénéfice, mais que le mariage restait valable[1].

Mais, au point où en était arrivé le développement, la logique de l'institution devait fatalement conduire à la nullité du mariage. Quand la législation canonique édicta-t-elle cette nullité? Elle fut sûrement prononcée par le concile de Latran de 1139, ou, tout au moins, par la décrétale d'Innocent II qui promulgua la décision du concile[2]. Gratien donne aussi la même portée à un autre texte qu'il a inséré dans sa *Concordia*[3]: c'est un *caput incertum*, qui répond à peu près à un concile de Reims de 1119[4]. Quoi qu'il en soit, l'empêchement dirimant est très nettement formulé par Gratien[5] et par Pierre Lombard[6]. Deux décrétales d'Alexandre III (1159-1181) donnèrent à la théorie sa consécration définitive[7].

Cependant, pour l'introduction de l'empêchement dirimant, comme jadis pour la prohibition de mariage elle-même, il y eut quelque hésitation en ce qui concerne le sous-diacre. Bien qu'il fût expressément compris parmi ceux que visait le concile

en France; cf. *Ep. CC*, p. 353 : « Quemdam de prælatis Ecclesiæ, qui publice sibi duo scorta copulavit et tertiam pellicem, cui matrimoniales tabulas faciat, jam sibi præparavit. »

1. *Ep. CCXVIII*, p. 379 : « Consilium, quod mihi ipsi darem, si aliquem de commissis mihi fratribus uxoria compede adstrictum deprehenderem, tutum esse intelligo : videlicet ut sacramentum conjugii maneat, clericus vero qui postposita clericali continentia, de superiori ordine ad inferiorem descendit, stipendia militiæ clericalis amittat. » Il n'est point douteux que ce chanoine fût au moins sous-diacre. Cf. Panormitanus sur c. XXVI, X, *De præb.*, III, 5, n° 8.

2. C. XL, C. XXVII, qu. 1.

3. C. VIII, D. XXVII. — Thomassin, on ne sait pourquoi, recule jusqu'en 1148, l'introduction de l'empêchement dirimant; *Part. I, lib. II*, cap. LXV, n° 4 : « At concilium Remense, anno 1148, cui Eugenius III præerat, id primum constituit ut ordo quilibet sacer in posterum vim haberet impedimenti dirimentis. »

4. Édit. Friedberg, p. 100, note 56.

5. *Dictum* sur c. XIII, D. XXVIII.

6. *Sent., lib. IV*, D. XXXVII, *A* : « Sunt igitur quidam ordines in quibus nullatenus potest contrahi conjugium, et, si intercesserit copula, fit divortium : ut sacerdotium, diaconatus, subdiaconatus. In aliis vero permittitur sortiri conjugium, si non religionis habitum sumpserint vel votum fecerint. »

7. C. I et IV, X, *De cler. conj.*, III, 3.

de Latran de 1139, plusieurs décrétales d'Alexandre III reconnaissent comme valable le mariage contracté par lui ; le pape ordonne, dans ce cas, de ne point forcer les époux à se séparer, s'il est à craindre, d'après sa conduite passée, que le mari ne tombe dans l'incontinence. Si, au contraire, il n'est pas suspect, on devra le forcer à abandonner sa femme[1]. Dans une autre décrétale, Alexandre III autorise même directement le mariage d'un sous-diacre[2]. Mais cette hésitation fut de courte durée, et une décrétale de Célestin III (1191-1198) ordonne la séparation d'un mariage contracté par un diacre, bien que l'union eût duré pendant longtemps et qu'il en fût né de nombreux enfants[3].

La règle de droit était acquise, mais il restait à la justifier doctrinalement. La doctrine semble avoir eu sur la légitimité de cet empêchement dirimant des doutes sérieux, qui rappellent ceux qu'éprouveront les Pères du concile de Trente, lorsqu'il s'agira d'annuler les mariages clandestins[4]. Certains doutaient même qu'un concile eût eu le pouvoir de l'édicter directement. On eut l'idée, pour éviter toute difficulté, de le faire rentrer dans l'empêchement de vœu solennel. Sans doute, le vœu solennel de chasteté n'était pas expressément exigé de ceux qui recevaient les ordres sacrés, dans les usages de l'Église occidentale ; mais on admit qu'il était implicitement et tacitement formé par celui qui recevait un ordre dans lequel l'Église prohibait le mariage. D'autre part, dans l'ordination, on vit l'élément formaliste qui rendait le vœu solennel, et qui, par suite, lui faisait produire l'empêchement dirimant. Ce fut le *vœu tacite* à côté du *vœu exprès*. Tout cet ordre d'idées est

1. C. v, *Comp. I, Qui clerici vel vov.*, IV, 6 : « Si qui in diaconatu et supra matrimonium contraxerunt, cogendi sunt uxores relinquere et vivere continenter... Si vero subdiaconi contraxerint matrimonia, eos, dummodo ante hoc tales fuerint quod timendum sit ne una pro pluribus abutantur, dissimulare poteris cum suis mulieribus remanere; quia tollerandum est malum ut pejora vitentur. » — Cf. c. III, *ibid.*

2. C. IV, *Comp. I, Qui clerici*, IV, 6.

3. C. I, *Comp. II, Qui clerici*, IV, 6.

4. Voir plus loin, troisième partie, chapitre III.

très nettement indiqué dans une glose de Johannes Faventinus[1]. C'est la conception que reproduisent Johannes Teutonicus[2] et Bartholomæus Brixiensis[3]. Elle fut législativement confirmée par la décrétale de Boniface VIII qui définit le vœu solennel[4].

Cette explication, d'ailleurs, qui domine complètement dans le droit canonique classique, n'arriva pas à s'imposer exclusivement. Il en est deux autres. D'après l'une, très simple, c'est le droit positif de l'Église, la *constitutio Ecclesiæ*, qui a introduit l'empêchement dirimant, comme c'était elle qui avait introduit la prohibition de mariage[5]. L'autre admet que l'em-

1. Sur c. II, D. XXVIII (Schulte, *Die Glosse zum Decret Gratians*, p. 42) : « Cum ordinandus interrogatur de continentia, si perfectionis amore confitetur se velle continere, non ordinator licentiam nubendi ab apostolo concessam ei aufert, sed ipse meliori proposito mavult abhorrere licentiam. De eo autem quæritur qui expresse non promiserit an possit nubere, et dicimus quod non; hodie enim continentia sic in illis tribus ordinibus est annexa ut qui unum accipit reliquum accepisse videatur. Item quæritur an sancti Patres, statuente concilio ne quis uxorem ducat in illis gradibus, poterunt me cogere ad servandam continentiam, si eam in susceptione ordinis non promittam expresse. Et id eos non posse, sed, dum statuerunt canones prohibentes copulam in illis gradibus quos recipit occidentalis Ecclesia, eo ipso videtur quis vovisse, cum aliquem ordinum eorum acceperit, in quo scit sibi non debere vel licere nubere. »

2. Glose sur c. I, C. XXVII, qu. 1, v^is *Sub testimonio* : « Et nota quod votum continentiæ solemnizatur tribus modis tantum : sacri ordinis susceptione (D. XXVIII, *Diaconi*); secundo, dum accipit vestem sacram a quocumque, dum tamen post susceptionem incipiat cohabitare cum aliis monachis et monialibus in Ecclesia; tertio, cum ita dicit coram episcopo vel abbate et abbatissa, vel coram tribus vel duobus testibus : Ego me devoveo huic religioni. »

3. Glose sur C. XXVII, qu. 1, v^is *Quod voventes* : « Ordo similiter impedit si est sacer, nam ibi intelligitur tacita continentia facta cum solemnitate, et ex constitutione Ecclesiæ. Et ita semper conditio tacita vel expressa vel constitutio Ecclesiæ solemnizat votum. Sic mihi Bartholomæo Brixiensi videtur dicendum. »

4. C. un., VI° *De voto*, III, 15 : « Illud solum votum debere dici solemne, quantum ad post contractum matrimonium dirimendum, quod solemnizatum fuerit per susceptionem sacri ordinis, aut per professionem expressam vel tacitam factam alicui de religionibus per sedem apostolicam approbatis. » — Cf., c. VI, X, *De cler. conj.*, III, 3.

5. Yves de Chartres (*Ep. CCXVIII*, p. 381) qualifie la règle du célibat des

pêchement repose sur le *jus divinum*, la loi divine établissant une incompatibilité absolue entre le sacerdoce et l'état de mariage; mais c'est une opinion qui compte parmi ses défenseurs plus de théologiens que de purs canonistes [1]. Nous retrouverons plus loin cette question.

Cette évolution terminée laissait aux clercs des ordres inférieurs à celui de sous-diacre le droit de contracter mariage, et telle, en effet, est restée la solution définitive. Seulement, le fait de contracter mariage entraînait contre eux la perte de tous les bénéfices ecclésiastiques, dont ils avaient pu être pourvus en état de célibat [2].

Enfin, l'Église occidentale continua à admettre que des laïques mariés ou des clercs mariés, *in minoribus constituti*, pourraient recevoir les ordres sacrés, mais à condition de faire vœu de chasteté et de cesser les rapports conjugaux, et à condition que leur femme y donnât son consentement. Le lien conjugal cependant n'était pas brisé [3], et, à raison de ce fait, l'Église prenait des précautions pour que ce ne fût pas là, pour la femme, une occasion de péché. S'il s'agissait pour l'homme marié d'une promotion à l'épiscopat, elle n'était possible qu'autant que sa femme entrait en même temps en religion [4]; s'il s'agissait simplement de recevoir le sous-diaconat, le diaconat ou la prêtrise, une décrétale d'Alexandre III exigeait seulement que la femme, en donnant son consentement, fît vœu de continence [5]. Il est vrai que les interprètes n'étaient pas d'accord sur la portée de ce texte. Les uns voulaient appliquer ici, à plus forte raison, la règle que nous expliquerons plus loin, édictée pour l'homme marié qui veut entrer en reli-

prêtres : « Honestam et utilem Ecclesiæ consuetudinem quam pro lege habendam censet auctoritas. » — Pour la liste des principaux auteurs qui ont professé cette opinion, voyez Sanchez, *De sancto matr. sacramento*, lib. VII, disp. XXVII, nos 10, 11.

1. Voyez les auteurs cités par Sanchez, lib. VII, disp. XXVII, no 4.
2. C. I, III, V, X, *De cler. conj.*, III, 3.
3. Voyez plus loin ce qui est dit à propos du divorce, titre III, ch. II, no 7.
4. C. VI, X, *De conv. conj.*, III, 32.
5. C. V, X, *De conv. conj.*, III, 32

gion, à savoir que la femme, si elle était jeune et suspecte d'incontinence, fût tenue d'entrer elle-même en religion pour libérer valablement son mari. Les autres disaient que, dans ce cas, le simple vœu de chasteté devait suffire de la part de la femme, parce que le texte n'exigeait rien de plus, et que le mari, quoique devenu prêtre, continuait à mener la vie du siècle et pouvait surveiller sa femme [1]. On se demandait même si la séparation d'habitation était alors nécessaire entre les époux, et s'il ne suffisait pas d'une *separatio quoad lectum* [2].

L'Église d'Occident avait ainsi forgé, anneau par anneau [3], cette chaîne commune du célibat, qui devait donner à son clergé une cohésion et une force si grandes. Poussée par un instinct puissant, elle avait senti que, pour que le prêtre fût entièrement et uniquement attaché à l'Église, il fallait écarter la redoutable concurrence de l'amour conjugal et de l'esprit de famille.

Le droit canonique, d'ailleurs, reconnaissait comme légitime la discipline contraire de l'Église orientale [5].

1. Le *Liber practicus* de Reims contient un modèle de *Littera de voto continentiæ inter virum et uxorem*, où les deux cas sont simplement assimilés. N° 243, p. 232 : « In nostra præsentia, propter hoc personaliter constituti *Talis* et Berta ejus uxor, zelo devotionis accensi, votum castitatis de communi eorum assensu coram nobis solemniter emiserunt, Deo continentiam promittentes ut ipsi sic vivendo valeant Domino complacere; dictaque mulier professa continenciam, *affectans promotionem dicti Talis mariti sui clerici*, dedit spontanea sua voluntate ipsi Tali clerico plenam potestatem facultatem et liberam licenciam *intrandi religionem et faciendi se ad sacros ordines promoveri*, *in religione vel extra religionem*, et prout anime sue saluti viderit expedire. »

2. Panormit., sur c. v, X, *De conv. conj.*, nos 4 et 5.

3. Bern. Pap., *Summa de matr.*, p. 288 : « Notandum tamen, quod initio continentia nec episcopis nec sacerdotibus indicebatur; postea vero cœpit indici episcopis et sacerdotibus, sed non diaconibus; tertio indicta est etiam diaconibus, quarto subdiaconibus. »

4. C. v, X, *De cler. conj.*, III, 3 : « Cum ergo vir cogitet quomodo placere possit uxori, et ideo minus quæ Dei sunt valeat cogitare, cum quasi divisus in duo, plenam sui non habeat potestatem, ut ei a quo stipendium recipit plenius famuletur. »

5. C. xiv, D. XXXI; c. vi, X, *De cler. conj.*, III, 3.

SECTION DEUXIÈME

Les vices du consentement.

Les empêchements tenant à l'absence totale de consentement, ou à un vice de consentement, sont au nombre de trois : 1° L'absence de consentement, *dissensus*; 2° la violence (*vis, metus*); 3° l'erreur (*error personæ, error conditionis*). La théorie de ces divers empêchements, se construisit en grande partie à l'aide des règles du droit romain sur les vices du consentement dans les contrats consensuels et de bonne foi. Elle suppose la connaissance exacte du droit romain et n'apparaît bien nette qu'au XII[e] siècle. Je n'aurai donc point ici à rappeler des précédents plus anciens, si ce n'est en ce qui concerne l'*error conditionis*, qui n'est qu'un affaiblissement et une transformation de principes antérieurs.

I

Le consentement étant l'élément essentiel du mariage, là où il n'y a pas eu consentement de la part d'un des prétendus conjoints, il n'y a pas de mariage. On ne peut pas même dire que le mariage est nul : il n'existe qu'en apparence. Cette idée fondamentale, le droit canonique l'a proclamée et il en a fait des applications intéressantes.

Il en résultait d'abord que le mariage contracté par une personne en état de folie n'avait aucune valeur[1]. Mais, conformément à la doctrine romaine, les canonistes tenaient que le *furiosus* devenait pleinement capable pendant les intervalles lucides ; si donc il se mariait dans un de ces intervalles, le mariage était valable[2]. Un doute pouvait cependant être soulevé

1. C. XXVI, C. XXXII, qu. 7, attribué par Gratien au pape Fabien, mais en réalité, = Paul, *Sent.*, *II*, 20, 4 (al. II, 29, 7).

2. Glose sur c. XXVI, C. XXXII, qu. 7 : « Possunt tamen, si habeant dilucida

sur ce dernier point, à raison d'un texte inséré au *Corpus juris canonici*. Ce texte (c. XXIV, X, *De spons.*) supposait qu'une femme avait contracté mariage avec un fou dont elle ignorait la folie [1], et, cependant, il déclarait qu'un consentement valable n'avait pu intervenir. Or, était-il vraisemblable que ce mariage eût pu être contracté en dehors d'un intervalle lucide [2] ? A cela on répondait que les fous, sans revenir pour cela à la raison, même momentanément, ont souvent des périodes où ils paraissent extérieurement raisonnables : le mariage avait été contracté dans une de ces périodes [3].

Bien qu'inexistant en droit, le mariage contracté avec un *furiosus* pouvait cependant être validé après coup : il suffisait, pour cela, du consentement des époux, donné de nouveau lorsque le fou revenait à la raison. Il y avait pourtant, sur ce point, discussion entre les docteurs. Les uns disaient que cela était impossible, car on ne peut confirmer, ratifier un contrat inexistant. En cela, ils avaient parfaitement raison ; mais les autres répondaient qu'il ne s'agissait point de ratifier le mariage ancien, mais d'en contracter un nouveau par un consentement renouvelé, ce qui était possible à chaque instant et sans aucune formalité, le mariage étant un contrat consensuel [4]. Mais, alors, il fallait admettre que le second consentement n'avait pas d'effet rétroactif.

intervalla. » — Glose sur c. XXIV, X, *De spons.*, IV, 1 : « Quandoque tamen furiosus per dilucida intervalla redit ad sanam mentem, et, tunc si contrahat, tenet. »

1. Voyez le texte intégral, éd. Friedberg : « *R.* miles... Opizoni Lancabendæ Rufinam filiam suam matrimonialiter copulavit, ignorans quod Opizo esset furiosus... Cum eadem mulier cum ipso viro, qui continuo furore laborat, morari non possit, et propter alienationem furoris legitimus non potuerit intervenire consensus. »

2. Glose sur c. XXIV, X, *De spons.*, v° *Furore* : « Sed quomodo potuit hoc esse? Quia si, quando mulier ista contraxit, laborabat illo furore, stulta fuit : sed hoc non est verisimile quod aliqua cum tali contraheret; sed si tunc non laborabat furore, tenuit matrimonium. »

3. Glose citée : « Sæpe enim furiosi sunt constituti in conspectu umbratæ quietis, nec tamen sunt mentis sanæ, licet videantur. »

4. Glose citée : « Sed pone quod mulier contrahat cum furioso, si consentiat in eum postquam est reversus ad sanam mentem, numquid est matrimonium?

Les canonistes se demandaient s'il ne fallait pas faire une autre application du même principe, bien autrement délicate. Lorsque les contractants étaient des personnes capables et jouissant de toute leur raison, et que ces parties avaient échangé des paroles exprimant la volonté de se prendre actuellement pour mari et pour femme, l'une d'elles ou toutes deux pouvaient-elles prétendre que ces paroles n'avaient été qu'un leurre et un mensonge, que leur consentement avait été feint, et que, par suite, le mariage n'existait pas? Dans le *forum internum*, où le pénitent, à la fois témoin et partie, est crû sur sa confession, l'affirmative était admise sans difficulté ; là, la vérité devait toujours et quand même triompher; mais, dans le *forum externum*, cela était-il admissible? Une pareille théorie ne mettait-elle pas à la merci de tous les caprices la stabilité des mariages?

Pierre Lombard, quoique théologien, montre sur ce point un sens juridique véritablement ferme. Il repousse absolument une semblable prétention : la raison en est, suivant lui, que le mariage est un contrat verbal, et, par suite, formaliste, *verborum obligatio* [1].

De même, Alexandre III déclarait dans une décrétale, et après lui les docteurs, qu'on ne devait pas, pour déterminer si des paroles de présent avaient été échangées, s'arrêter aux termes sophistiques, mais prendre les mots dans leur sens naturel et usuel [2]. On peut remarquer encore que, dans le cas où un homme marié contractait un second mariage, après la

Videtur quod sic. Jo(annes) dixit quod non est matrimonium, quia ibi non fuit consensus. Verum est quod dixit Joannes, si referas te ad primum consensum. Tan(credus) dixit quod est matrimonium; quod intellige non ex tunc ut referas te ad primum, sed ex nunc ex novo consensu. »

1. *Sent.*, *lib. IV*, D. XXVII, *C* : « Si consentiant mente et non exprimant verbis, vel aliis certis signis, nec talis consensus efficit matrimonium. Si autem verbis explicant quod in corde non volunt, si non sit coactio ibi vel dolus, obligatio ista verborum, quibus consentiunt, dicentes : Accipio te in virum et te in uxorem, matrimonium facit. »

2. C. VII, X, *De spons.*, IV, 1 : « Si alter intellexerit quod alter proposuerit, ad communem verbi intelligentiam recurratur, et cogatur uterque verba prolata in sensu retinere, quem solent recte intelligentibus generare. »

mort de sa première femme, mais alors qu'il la croyait encore vivante, on tenait le second mariage comme valable devant le *forum externum*, bien qu'il fût nul devant le *forum internum*[1].

Mais, en sens inverse, se manifestait une tendance puissante à faire prédominer la vérité absolue, même dans le *forum externum*. Une célèbre décrétale d'Innocent III était conçue tout à fait dans ce sens[2]. Elle supposait une hypothèse bizarre, sur laquelle, en fait, le pape avait été consulté. Un jeune homme, vivement épris d'une fille, et voulant la posséder, mais non l'épouser, n'avait pu vaincre la résistance qu'elle lui opposait qu'en lui consentant une *desponsatio* clandestine. Mais, pour assurer la nullité de l'acte, il avait employé les termes suivants: « Jean t'épouse », alors que Jean n'était point en réalité son nom[3]. On demandait s'il y avait mariage dans l'hypothèse. Le pape, en réponse, donne une double décision, ce qui embarrassa fort les commentateurs. Il commence par déclarer que, l'homme ayant contracté en personne avec la femme, quoique sous un faux nom, et la *copula carnalis* ayant suivi, il semble que le mariage doive être présumé[4]. Cela est bien con-

1. Panormit., sur c. XVIII, X, *De spons.*, n° 6 : « Quid autem si iste credidisset primum matrimonium tenere? Dicit Vin(centius) quod *in foro animæ* non teneret, quia non habebat animum contrahendi. Ex quo habes elicere regulam quod credens impedimento, quod tamen non subest, matrimonium quoad Deum non contrahit, licet protulerit verba apta ad contrahendum matrimonium; et sic credens vivere uxorem, quæ est mortua, et cum alia contrahit, non tenet *quoad Deum* secundum matrimonium. »

2. C. XXVI, X, *De spons.*, IV, 1.

3. « Cum quidam mulierem quamdam aliter inducere nequivisset ut sibi commisceretur carnaliter nisi desponsaret eamdem, nulla solemnitate adhibita vel alicujus præsentia, dixit illi : Te Joannes desponsat, cum ipse Joannes minime vocaretur; sed finxit se vocari Joannem, non credens esse conjugium, eo quod ipse non vocaretur hoc nomine, nec haberet propositum contrahendi sed copulam tantum extorquendi carnalem : utrum inter prædictos sit matrimonium celebratum, cum mulier consenserit et consentiat in eumdem, et ille dissenserit et dissentiat, nec aliud quidquam egerit, quam quod superius est expressum, nisi quod cognovit eamdem. »

4. « Respondemus quod, cum præfatus vir dictam mulierem desponsavit in propria quidem persona, etsi sub nomine alieno, quo tamen vocari se finxit, et inter eos carnalis sit copula subsecuta, videretur forte pro conjugio præsumendum. »

forme à la doctrine exposée jusqu'ici. Innocent III repousse cependant cette solution : il admet, au contraire, qu'il n'y a pas mariage, parce qu'il n'y a pas eu consentement [1]. Mais il ajoute que, s'il décide ainsi, c'est qu'il trouve, dans les allégations transmises par l'évêque consultant, la preuve qu'en fait le consentement n'a pas été donné dans l'espèce. Le pape dit bien qu'il ne sait pas comment cette preuve a pu être fournie, mais il accepte comme souveraine la constatation faite par l'évêque [2]. Cela était bien net : sauf la question de la preuve, réservée et difficile, la nullité du mariage était admise en pareil cas. Néanmoins, cette solution était tellement extrême, tellement anti-juridique, que beaucoup de docteurs, faisant violence au texte, l'entendaient autrement. Ils disaient que la première solution proposée par le pape était la seule applicable dans le *forum externum*, la seconde (celle qui proclame la nullité du mariage) n'étant admise que pour le *forum internum* [3]. Mais il

1. « Nos tamen, quid sit juris rescribentes, hoc dicimus quod si res ita se habuerit, videlicet quod ille nec proposuit eam ducere in uxorem nec unquam consensit, inter prædictas personas non deberet ex illo facto conjugium judicari, cum in eo nec substantia conjugalis contractus, nec etiam forma contrahendi conjugii valeat inveniri, quoniam, ex altera parte, dolus solummodo efficit et deficit omnino consensus, sine quod cætera non queunt fœdus perficere conjugale. »

2. « Videretur forte pro conjugio præsumendum, nisi tu nobis expresse scripsisses quod ille nec proposuit nec consensit illam ducere in uxorem; quod qualiter tibi constiterit non videmus. » — Les docteurs avaient cherché à résoudre la difficulté qui s'élevait là quant à la preuve. Ils disaient communément que dans l'hypothèse prévue, la femme, pour établir l'existence du mariage qui avait été célébré sans témoins, n'avait que l'aveu du mari prétendu, et que cet aveu, étant qualifié, ne pouvait être divisé. Panormit., sur ce chapitre, n° 7 : « Quare autem hic creditur doloso in foro judiciali? Respondetur quod hic non constabat de facto, nisi ex confessione illius juvenis, unde, cum confessio sua esset qualificata, seu contineret factum qualificatum, non poterat recipi confessio quatenus faceret contra confitentem tantum, sed oportebat quod vel ex toto reciperetur, vel ex toto repelleretur... Sed ille intellectus mihi non placet, quia ubi præsumptio est contra confitentem potest recipi confessio quatenus facit contra se et rejici quatenus facit pro se, ut notat Bartolus (*in l. Aurelius ff. De lib. leg.*) in illa quæstione cum quis confitetur aliquem interfecisse se defendendo; hic enim erat præsumptio contra illum confitentem, eo quod illicite extorsit copulam carnalem et quod in propria persona desponsavit. »

3. Panormit., sur ce chapitre, n° 6 : « Primus (intellectus), quod usque ad

était difficile de ne pas relever ce que cette interprétation avait de forcé. Le pape, en donnant la seconde solution (celle qu'il faisait prévaloir) avait évidemment statué pour le *forum judiciale*. L'opinion commune devait donc se fixer en ce sens, qu'en pareil cas, la nullité du mariage serait admise; mais il y avait une présomption en faveur du mariage, et, pour la faire tomber, la preuve contraire ne devait être reçue qu'avec beaucoup de précaution.

Hostiensis trouvait la question très douteuse, et, à moins de circonstances tout à fait exceptionnelles, il admettait la validité du mariage. Il semble même que la nullité, d'après lui, ne pouvait être admise que si les paroles de présent avaient été échangées en forme de jeu. Il constate que, dans ces hypothèses délicates, tantôt on a jugé en faveur du mariage et tantôt contre, et recommande, en pareil cas, d'en référer au pape comme dans les *majores et difficiles causæ*[1]. Mais, suivant lui,

versum *Nos autem* loquitur in foro judiciali, in quo quis non auditur allegans turpitudinem suam, sed ex præsumptionibus judicatur; unde, ex quo constat illum desponsasse mulierem ex propria persona et eam cognovisse carnaliter debet judicari pro matrimonio, non obstante imitatione hominis, quia aut fuit facta ignoranter et non obstat error ex quo constat de corpore, aut scienter, et dolus non debet sibi prodesse, nam interpretatio fieri debet contra dolosum et intelligi debent verba secundum illum sensum quem solent recte intelligentibus generare. » — « A verbis *Nos autem* usque ad finem, loquitur de pœnitentiali foro, ubi statur confitenti et pura veritas consideratur, sed, attenta veritate, ibi non erat matrimonium, cum defuerit consensus ex parte alterius; debet tamen sacerdos in foro animæ illum inducere ut consentiat de novo, et sic ut purget dolum ab eo commissum, et ut aptet se foro judiciali et iste est verus intellectus. »

1. *Summa*, p. 345 : « Sec nec verba sine consensu sufficiunt... Quid si taliter dicat se verba ludendi animo protulisse, videtur quod sit pro matrimonio judicandum; tum quia ad communem intellectum recurrendum est nec ejus simplici assertioni credendum est qui matrimonium contradicit; tum quia in dubio semper est pro matrimonio judicandum; tunc quod tutius et certius est, maxime respectu animæ, interpretandum est, et ut res magis valeat quam pereat; alioquin quilibet posset illudere matrimonio jam contracto et dicere « ludum feci ». Sed contra videtur, quia si causa joci vel doctrinæ hoc fiat non oritur obligatio; *ff. De act. et oblig. l. Dum substantia*, § *Verborum*. Licet in hac quæstione nunc pro matrimonio, nunc contra fuerit judicatum, videtur tamen quod papa hic esset super hoc consulendus, quia novus casus est et de majoribus causis. »

il faut que les deux parties jurent que ce n'était qu'un jeu entre elles, pour que la nullité puisse être déclarée [1]. Si l'une d'elles conteste et prétend qu'elle a contracté mariage sérieusement, alors le mariage doit être maintenu ; mais Hostiensis, pour écarter tout scrupule, aurait voulu qu'une décision du Saint-Siège déclarât expressément, dans ce cas, le mariage valable, à titre de peine contre celui qui avait voulu frauder [2].

La glose de Bernard de Parme admet la nullité du mariage comme possible de ce chef [3] ; mais, en même temps, elle semble l'écarter, lorsque le mariage a été publiquement célébré *in facie Ecclesiæ*, alors même que l'un des contractants aurait à l'avance protesté devant témoins que, quelque chose qu'il fasse ou dise, il n'a point l'intention de contracter mariage [4]. Sûrement, le caractère purement consensuel reconnu au mariage et la validité, en principe, des mariages clandestins, furent les

1. *Summa*, p. 345 : « Sed secundum jura quæ modo currunt, potest dici quod si uterque jurat quod animo ludendi protulerant verba non credentes contrahere, et testes qui præsentes fuerint idonei jurant quod credunt eos verum dicere, maxime quod potati erant nec erat hora sobria, contra matrimonium judicaretur... Quid enim si in ludo Beati Nicolai vel alio simili aliquis juvenis pro ludo repræsentando cum aliqua pedisequa alienis ornata vestibus contraxit, numquid judicabitur, matrimonium inter tales? Et quid si domina dicat bubulco suo ludendo : dabo te filiam meam in uxorem, et hoc ille facit, arg. quod non sit matrimonium. »

2. *Summa*, p. 345 : « Sed si ambo confiteantur quod non intendebant contrahere, standum est confessioni eorum. Sin autem alter negat, alter confiteatur, bene faceret papa si jus constitueret quod matrimonium teneret in pœnam illius qui clandestine contraxit et qui forte modo pœnitet. Unde ad instantiam illius non videtur matrimonium separandum... Nec enim debent laici de sacramento Ecclesiæ ludum facere vel derisum, et sic in dubio judicarem. »

3. Glose sur c. XXVI, X, *De spons.*, v° *Mulierem* : « Quia simulatæ nuptiæ non sunt nuptiæ. »

4. Glose citée : « Sed pone quod aliquis protestetur coram pluribus quod, omnia quæ dicet vel faciet, non faciet animo contrahendi matrimonium, et *postea publice dicat* : Consentio in te, numquid est hic matrimonium vel non? In casu isto dico quod Ecclesia judicare debet pro matrimonio... Talia enim verba non possunt servire suæ intentioni. Præterea, si probet quod illa verba protestatus fuit primo, potuit postea recedere ab illa voluntate et consentire in illam, *et hoc videtur propter illud quod postea publice facit* ; et si dicat quod adhuc tempore contractus erat in eadem voluntate, non creditur ei, quia contra eum debet fieri interpretatio, qui dolum adhibet. »

principales raisons qui firent admettre de semblables nullités.

La constitution que demandait Hostiensis ne fut pas rendue ; et la théorie que je viens de décrire, subsista dangereuse et mal fixée. Nous la retrouverons plus loin.

II

La violence viciait le consentement et était un empêchement dirimant du mariage[1]. D'ailleurs, pour que le mariage fût annulé de ce chef, il fallait au moins des menaces de nature à faire impression *in constantem virum vel constantem feminam*. Quant à la seule crainte révérentielle envers le père et la mère, elle n'était pas, par elle-même, une cause de nullité ; mais il en était autrement de la violence exercée par les parents[2].

Les canonistes se demandaient si la violence rendait le mariage nul, *ipso jure*, ou seulement annulable. C'est la théorie de la nullité absolue qui paraît l'avoir emporté. Cela semblait cependant contraire aux principes du droit romain sur les contrats consensuels ; mais on répondait que les *tria bona matrimonii* ne pouvaient point intervenir là où la volonté des contractants n'avait point été libre, et qu'en particulier, le mariage représentant l'union du Christ et de l'Église, il fallait que l'époux se donnât aussi librement que le Christ s'était sacrifié[3]. On admettait néanmoins que la nullité, résultant de la violence, était couverte, lorsque l'époux violenté consentait

1. Pierre Lombard, *Sent. lib. IV*, D. XXIX, *A* ; c. XIII, XIV, *De spons.*, IV, 1.— Dans l'une de ses lettres (*Ep. CLXVI*, p. 284), Yves de Chartres expose une cause matrimoniale, où l'un des moyens invoqués pour faire prononcer la nullité du mariage était peut-être la violence exercée par le mari contre la femme ; mais ce n'était pas le seul. Yves déclare qu'on jugea en faveur de la femme « *prolatis* ex legum *et canonum auctoritate sententiis.* »

2. Hostiensis, *Summa*, p. 348 : « Nam ita, vel melius et familiarius possunt parentes comminari et verberare sicut extranei : ergo non tenebit matrimonium. »

3. Panormit., sur c. XIV, X, *De spons.*, n° 6 : « Quod matrimonium sit ipso jure nullum propter talem metum... est communis opinio doctorum præter dominum Car(dinalem), qui dicit quod de mero jure posset sustentari quod

librement dans la suite. Mais alors, comme dans le cas de *dissensus* examiné plus haut, il y avait plutôt un nouveau mariage contracté qu'une ratification de l'ancien[1], en ce sens, du moins, qu'il était fort douteux que le nouveau consentement rétroagît. Cette confirmation résultait tacitement de la vie commune, et même de ce simple fait que les rapports conjugaux s'étaient établis entre les époux, pourvu que la *copula carnalis* n'eût pas été elle-même imposée par violence[2].

Le dol pouvait-il être une cause de nullité du mariage ? Il semblait bien qu'il en dût être ainsi, lorsqu'il s'agissait d'un *dolus dans causam contractui*, lorsque, sans les manœuvres frauduleuses exercées par l'un des époux, l'autre n'eût pas contracté avec lui. Cela ressortait de la théorie romaine des contrats consensuels, à laquelle le droit canonique ramenait le mariage. Mais, ici encore, on s'écarta de cette théorie. On décida que, malgré le dol, le mariage tenait. On en donnait cette raison, qu'il s'agissait là avant tout d'un sacrement, d'un intérêt spirituel; et, en semblable matière, le droit canonique ne tenait pas compte du dol, parce que les manœuvres dolosives, au lieu de causer un préjudice à celui qui en avait été l'objet, l'avaient au contraire conduit au bien. C'était comme un *dolus bonus*. On appliquait ce principe aux manœuvres dolosives qui avaient amené une personne à entrer en religion. On l'appliquait au dol qui avait conduit quelqu'un à contracter

matrimonium teneat, licet veniat rescindendum actione quod metus causa, motus per regulam generalem quia omnia quæ fiunt metu tenent... Sed pulchrum est videre rationem quare regulariter teneant quæ fiunt per metum et non sic in matrimonio. Multæ rationes possunt assignari, sed dic post Gaspardum de Calderinis, quod in matrimonio reperiuntur tria bona, fides, proles et sacramentum, quæ omnia metus intercedens habet excludere. Nam primo matrimonium est sacramentum, quia significat unionem inter Christum et Ecclesiam, unde sicut Christus voluntarie assumpsit carnem humanam, ita et matrimonium illam unionem designans debet esse voluntarium, ut signum correspondeat signato. »

1. Panormit., sur c. XXVIII, X, *De spons.*, n° 6 : « Carnalis copula subsequens purgat metum præcedentem et convalidat matrimonium, saltem ex nunc. »

2. C. XXVIII, X, *De spons.*, IV, 1. Panormit., sur c. XIII, *ibid.*, n° 6 : « Quod intellige quando copula non fuit omnino coacta, sed voluntaria; secus si fuisset puella per vim cognita. »

mariage[1]; mais il semble, cependant, que cette seconde application du principe canonique ait été faite d'abord par les légistes, et spécialement par une glose d'Azon[2]. Nos anciens jurisconsultes enregistrèrent la règle, mais ils lui donnèrent une forme satirique, bien connue : « En mariage, trompe qui peut. »

III

Comme la violence, et à la différence du dol, l'erreur pouvait être une cause de nullité du mariage; car, dans certaines conditions, elle exclut le consentement réel et n'en laisse subsister que l'apparence.

La théorie de l'erreur, en matière de mariage, est exposée au XII[e] siècle en termes presque identiques par Pierre Lombard et par Gratien[3]. Ce sont, de part et d'autre, les mêmes principes, les mêmes termes, les mêmes exemples; l'exposition de Gratien est seulement plus amplifiée que celle de Pierre Lombard, et l'ordre en est quelque peu différent. Cela permet de supposer que l'un des auteurs ici procède de l'autre[4], et

1. Panormit., sur c. III, X, *De empt.*, III, 17 : « Sed excipe casum quando dolus intervenit in spiritualibus. Nam talis dolus non annullat actum, neque potest excipi, quando fuit inductus ad bonum, quia non proprie potest dici dolus. Exemplum : dolo te induxi ad intrandum religionem, tenet ingressus. Ad hoc quod legitur et notatur in c. *Cum dilectus*, X, *Quod metus causa.* — Item vide glossam *ff. De ritu nuptiarum, l. A divo Pio*, quæ vult etiam hanc regulam fallere in matrimonio, ut si dolo te induxi ad matrimonium contrahendum; quod potest esse ratione prædicta, favore spiritualium. »

2. Glose sur l. 57, D. XXIII, 2 : « Matrimonium (inter libertam et senatorem) etiam utriusque voluntate non potest valere, quia prohibetur per legem; *sed secus ubi dolus unius dedit causam contractui.* Azo. » D'ailleurs, si les canonistes n'admettent pas le dol, comme cause de nullité du mariage, les docteurs anciens paraissent estimer que l'erreur, qui constitue un empêchement dirimant, est ordinairement accompagnée de dol. Paucapalea, *Summa*, p. 118 : « Nunc de conjugiis *quæ dolo et fraude contrahuntur* dicendum videtur, dum videlicet nobilis sibi aliquam expetere dicitur et pro eo ignobilis vel servus inducitur. » P. 119 : « De conjugiis quæ dolo ac fraude contrahuntur, tractatum est. »

3. *Sent.*, *lib. IV*, D. XXX, *A*; C. XXIX, qu. 1.

4. D'après ce passage, il me paraît très vraisemblable que Gratien a copié

cela implique aussi que la théorie était préparée par la doctrine antérieure des théologiens.

Pierre Lombard et Gratien distinguent quatre espèces d'erreur; l'erreur sur la personne, l'erreur sur les qualités, l'erreur sur la fortune et l'erreur sur la condition [1]. Cette classification reposait évidemment sur un relevé de faits usuels et non sur un principe supérieur et scientifique; mais, telle est la force de la tradition, que ses trois premiers termes se retrouvent aujourd'hui encore dans la plupart des ouvrages de droit civil qui traitent de l'erreur dans le mariage. Laissant de côté, pour le moment, l'*error conditionis*, qui fera l'objet d'une étude spéciale, examinons comment sont traitées les trois autres sortes d'erreurs.

L'erreur sur la fortune et l'erreur sur les qualités ne rendent pas le mariage nul, parce qu'elles ne font point disparaître le consentement [2]. Pour l'*error fortunæ*, cela allait de soi, et Pierre Lombard n'en donne pas de raison particulière [3]; Gratien fortifie seulement la décision, par une comparaison avec le *matrimonium spirituale* [4]. Pour l'erreur sur les qualités, — et par là on entendait les qualités morales, ou, même, les qua-

Pierre Lombard. L'exposition de ce dernier est plus brève, plus nette, plus serrée; celle de Gratien, qui n'y ajoute rien de nouveau, apparaît comme une amplification, où le copiste a voulu retoucher le modèle, en ajoutant parfois un exemple nouveau à ceux déjà fournis, en expliquant des solutions données sans explication, et parfois en changeant l'ordre des idées.

1. *Sent., lib. IV*, D. XXX, *A* : « Est enim error alius personæ, alius fortunæ, alius conditionis, alius qualitatis. Error personæ, quando hic putatur esse homo ille, et est alius; error fortunæ, quando putatur esse dives qui pauper est, vel e converso; error conditionis, quando putatur esse liber qui servus est; error qualitatis, quando putatur esse bonus qui malus est. » — Cf. C. XXIX, qu. 1, et Bern. Pap., *Summa decret.*, p. 134.

2. *Sent., lib. IV*, D. XXX, *A* : « Error fortunæ et qualitatis conjugii consensum non excludit. »

3. *Sent., lib. IV*, D. XXX, *A* : « Error vero fortunæ consensum non excludit; quæ enim nubit pauperi, putans illum esse divitem, non potest renuntiare priori conditioni, quamvis erraverit. »

4. « Veluti si quis consentiret in prælaturam alicujus Ecclesiæ, quam putaret esse divitem, et illa esset minus copiosa, quamvis hic deciperetur errore fortunæ, non tamen posset renunciare prælaturæ acceptæ. »

lités physiques autres que la *potestas coeundi*[1], — le doute aurait pu naître ; mais les maîtres l'écartèrent du premier coup, en choisissant le cas extrême, celui où un homme, croyant épouser une vierge, épouse une prostituée, et en déclarant néanmoins le mariage valable. Ici encore, Pierre Lombard ne donnait point de raison topique[2]. Gratien argumente des principes romains sur la vente[3].

Ces solutions sont définitivement entrées dans le droit canonique ; c'est une règle que jamais l'erreur sur la fortune ou sur les qualités n'est un empêchement dirimant. Seulement, étant donnée la théorie du mariage conditionnel, telle que je l'ai exposée plus haut, des canonistes ont admis que, par une déclaration expresse, les parties pouvaient faire dépendre de l'existence de ces qualités l'existence même du mariage[4].

L'erreur sur la personne, au contraire, est un empêchement dirimant ; et, par là, on entend l'erreur sur l'identité de la personne. Dans ce cas, en effet, il est certain qu'il n'y a pas consentement, les deux volontés ne s'étant pas rencontrées sur le même objet[5]. Les maîtres se faisaient pourtant une objec-

1. Bern. Pap., *Summa*, p. 134 : « Error qualitatis, quando putatur bonus e est malus, pulcher et est turpis. »

2. *Sent.*, *lib. IV*, D. XXX, *A* : « Nec error qualitatis ; ut si quis ducat uxorem meretricem vel corruptam, quam putat esse castam vel virginem, non potest eam dimittere. »

3. « Error qualitatis non excludit similiter consensum : utpote si quis emerit agrum, vel vineam quam putabat esse uberrimam, quamvis iste erraret in qualitate rerum, rem minus fertilem emendo, non potest tamen venditionem rescindere. Similiter, qui ducit uxorem meretricem vel corruptam, quam putat esse castam vel virginem, non potest eam dimittere et aliam ducere. » — Cf. la glose, v° *Aliam* : « Nam ille error venditionem non impedit, licet error sexus impediat (*ff. De contr. empt.*, *alioquin*, § 1) ; tamen dicit lex quod solvitur emptio per actionem ex empto. »

4. Cabassut, *Theoria et praxis juris canonici*, éd. 1703, p. 358 : « Hinc excipe casum quo quis expresse intenderet non contrahere si talis qualitas personæ insit vel non insit. Tunc enim, cessante conditione cui innititur consensus, certum est consensum omnimodo deficere. » Mais si la *copula* était intervenue, malgré l'inexistence de la qualité, le mariage était *purificatum*.

5. *Sent.*, *lib. IV*, D. XXX, *A* : « Error quoque personæ consensum conjugalem non admittit. » — Gratien : « Non enim consensit in hunc sed in eum quem putabat esse. »

tion tirée du mariage de Jacob avec Lia, dans lequel l'erreur sur la personne s'était manifestement glissée, et qui, pourtant, était considéré comme valable ; mais on y répondait de diverses façons, et, spécialement, en disant que le mariage avait été validé par un consentement postérieur à la découverte de l'erreur [1].

J'ai dit que l'on entendait par erreur sur la personne l'erreur sur l'identité de la personne. Cela ne semble point concorder avec l'exposition de Pierre Lombard et de Gratien, qui assimilent l'erreur sur la personne dans le mariage à l'erreur sur la *matière* dans la vente, d'après les principes du droit romain [2]. C'est un point délicat qui demande explication.

Les interprètes du Décret se préoccupèrent bientôt de la difficulté, et deux d'entre eux, Hugutio et Laurentius, posèrent cette règle, qu'il ne pouvait y avoir erreur sur la personne, viciant le mariage, si le conjoint déçu n'avait pas préalablement la connaissance ou l'idée de la personne sous le nom de laquelle se présentait faussement l'autre conjoint. Sans cela, en effet, il pouvait y avoir erreur sur la fortune, ou sur la qualité, ou sur le nom, mais point sur la personne [3]. C'était bien, au fond, l'erreur sur l'identité de la personne à laquelle on s'attachait, mais celle-ci était largement entendue. On n'exigeait

1. *Sent.*, *lib. IV*, D. XXX, *A* ; Gratien, C. XXIX, qu. 1 : « Jacob ergo et Lian non fecit conjuges præcedens consensus sed subsequens. »

2. *Sent.*, *lib. IV*, D. XXX, *A* : « Error quoque personæ consensum conjugalem non admittit : ut si quis feminam nobilem in conjugium petat et pro ea alia ignobilis tradatur ei, non est inter eos conjugium quia non consensit in istam sed in aliam : ut si quis promitteret mihi se venditurum aurum, et pro auro offerret mihi aurichalcum ; nec ergo in illud consensi, quia consensus nonnisi voluntatis est. *Sicut ergo error materiæ excludit consensum, ita et in conjugio error personæ.* » — Cf. C. XXIX, qu. 1 ; Gratien parle aussi de l'erreur sur la personne dans la vente, et avec peu de correction : « Si quis enim pascisceretur se venditurum agrum Marcello et postea veniret Paulus dicens se esse Marcellum et emeret agrum ab illo, numquid cum Paulo convenit iste de pretio, aut dicendus est agrum sibi vendidisse? »

3. Glose sur C. XXIX, qu. 1, v^is^ *Quod autem* : « Et nota quod secundum H(ugutium) et L(aurentium) nunquam erratur in persona, nisi prius habita notitia aliqua de eo, cujus nomine alius se repræsentet... Non errat in persona, sed in fortuna vel qualitate vel nomine. »

point pour tenir compte de l'erreur, que le conjoint déçu connût personnellement et de vue la personne qu'il croyait épouser; il suffisait qu'il en eût quelque connaissance, par ouï-dire, par la renommée, par n'importe quel moyen, pourvu qu'elle représentât à ses yeux un individu déterminé[1]. Les docteurs avaient des exemples classiques et invraisemblables (comme il semble que les jurisconsultes romains en choisissaient déjà volontiers) pour faire comprendre cela. Ils supposaient qu'un jeune homme se présentait en Italie, comme étant le roi de France ou le fils du roi d'Angleterre, à une pauvre fille qui n'avait jamais entendu parler de ces rois ni de ces pays : s'il l'épousait en cette qualité, le mariage n'était pas nul ; il n'y avait pas eu erreur sur la personne[2].

Cette opinion n'était point celle de tous les docteurs. Il y en avait qui soutenaient, comme Johannes Teutonicus, qu'il y avait erreur sur la personne et empêchement dirimant, alors même que le conjoint déçu n'aurait connu en aucune façon l'existence de la personne pour laquelle l'autre conjoint se faisait passer[3]. C'est, cependant, la première opinion qui devait

1. Glose sur C. XXIX, qu. 1, v^is *Quod autem* : « Aliquem visum vel non visum, tamen aliquo modo sibi cognitum seu fama vel alio modo. »

2. Glose sur C. XXIX, qu. 1, v^is *Quod autem* : « Si aliquis offert se sub nomine regis Franciæ alicui puellæ : si ipsa nihil unquam audivit de rege Franciæ, nec aliquam notitiam habet de eo per famam vel alio modo et putat hunc esse regem Franciæ, non errat in persona. » — Hostiensis, *Summa*, p. 348 : « De quo ponunt magistri tale exemplum : Aliquis Anglicus rusticus venit ad aliquam mulierem Romanam nobilem et dixit se esse filium regis Angliæ, cum non esset. Mulier nullam notitiam habens filii regis Angliæ, nec personæ, nec nominis, contrahit cum ipso credens ipsum filium regis Angliæ : hic tenet matrimonium, quia non erravit sed potius decepta fuit, vel non fuit error personæ sed qualitatis. » — Ce dernier exemple ne donnait pas une haute idée de l'instruction des dames romaines ; d'ailleurs Hostiensis ajoute : « Sed certe cum ubicumque terrarum habeatur noticia regis Angliæ, saltem per famam, videtur quod is sit error personæ, nec enim in personam præsentem, sed in filium regis Angliæ consentire videtur. »

3. Glose sur C. XXIX, qu. 1, v^is *Quod autem* : « Nam licet non erret circa illum cujus nullam notitiam habuit, errat tamen circa præsentem. H(ugutio) tamen et L(aurentius) dicunt quod sit matrimonium cum illa. Sed hoc non credo : cum ibi sit error, ergo non est consensus, quia nihil est tam contrarium consensui quam error. »

triompher et devenir définitive. Elle se ramenait au fond à cette idée : l'erreur sur les qualités de la personne sera regardée comme suffisante pour annuler le mariage, toutes les fois que les qualités supposées auraient pour effet de donner au conjoint une individualité civile et sociale connue de l'autre conjoint, et autre que celle qui lui appartient en réalité [1]. C'est ainsi qu'Hostiensis distingue très clairement entre le cas où le mari se faisait passer pour fils de tel roi ou de tel comte, et celui où il se dit simplement, quoique mensongèrement, fils de comte ou fils de roi, d'une façon générale : il y a erreur sur la personne dans le premier cas, et pas dans le second [2]. L'idée donc se conçoit bien en elle-même et est assez rationnelle. Mais, comment avait-elle pris la forme si particulière que lui donnent les anciens canonistes?

Cela vient, je le crois, de la manière dont ils considéraient, dans sa portée et dans ses effets, le consentement donné par le conjoint déçu. Ils ne disaient pas seulement que ce consentement n'opérait pas par rapport à celui ou à celle sur la personne de qui il y avait erreur; ils disaient aussi que ce consentement opérait par rapport à la personne absente, que le conjoint déçu avait eue en vue. Pourvu que cette personne saisît par une ratification, par une manifestation de volonté, le consentement matrimonial dirigé vers elle, le mariage s'était formé entre elle et le conjoint déçu ; c'était même pour cela que le mariage n'avait pas pu se former entre ce dernier et la personne présente [3]. Mais, pour que cette combinaison subtile

1. Cabassut, *op. cit.*, p. 351 : « Sunt casus in quibus error qualitatis transit in errorem ipsius personæ; quod fit quoties qualitas in qua erratur determinat certam aliquam personam, distinctam ab ea quæ præsens est : ut si Titius contraxit cum filia Johannis, quæ falso se dicebat filiam Petri qui est præses provinciæ. »

2. *Summa*, p. 348 : « Dic quod hoc dictum habet locum quando non exprimit unam circumlocutionem per quam habeatur noticia patris et filii per consequens, puta dicit se filium regis vel comitis in genere, vel si specificat, nulla habetur noticia filii neque patris, vel dicit se divitem cum sit pauper, vel nobilem cum sit rusticus, vel bonum cum sit malus, vel mulier se dicit virginem cum sit corrupta : talis enim error non impedit matrimonium. »

3. Glose sur C. XXIX, qu. 1, vis *Quod autem* : « Sed aliqua consentit in ali-

pût s'opérer, il fallait que la personne, différente de la partie présente, vers laquelle le conjoint déçu dirigeait son consentement, fût une personne réellement existante et connue de lui ; cela était nécessaire, mais suffisant.

Comme le mariage inexistant à raison du *dissensus*, comme celui qui était nul à raison de la violence, le mariage nul pour erreur sur la personne était validé par un nouveau consentement, donné après que l'erreur avait cessé.

IV

Il y avait *error conditionis*, lorsqu'une personne libre épousait une personne de condition servile, croyant épouser une personne de libre condition. Pour comprendre la portée et le sens de cet empêchement dirimant, il faut connaître les précédents du droit canonique, en ce qui concerne le mariage des esclaves.

Le christianisme avait, de bonne heure, formulé un principe qui devait finir par tuer l'esclavage : c'est que, devant Dieu, tous les chrétiens étaient égaux, et que toute distinction disparaissait entre l'homme libre et l'esclave[1]. Mais la primitive Église, nous l'avons vu, ne pouvait ni ne voulait entrer en lutte avec les lois civiles. Ce principe d'égalité qu'elle proclamait, il régissait les rapports des chrétiens avec Dieu, non leurs rapports avec l'État. L'Église respecta l'institution de l'esclavage, et sa doctrine sur le mariage des esclaves fut

quem visum vel non visum, tamen aliquo modo sibi cognitum seu fama ve alio modo : si postea per errorem accipiat alium, etiam si ab eo fuerit cognita, reddetur primo, si tamen ille in eam consenserit per nuncium vel alio modo. Si vero nullo modo fuerit sibi cognitus, quamvis per errorem accipiat alium, nunquam reddetur primo, quia inter eam et primum non fuit matrimonium ; nam in penitus incognitum nec amorem nec consensum dirigere possumus. »

1. *Ad Gal.*, III, 26, 28 : « Omnes enim filii Dei estis per fidem quæ est in Christo Jesu... Non est Judæus neque Græcus, non est servus neque liber, non est masculus neque femina : omnes enim vos unum estis in Christo Jesu. »

longtemps dominée par les principes du droit séculier, romain ou germanique.

Le droit romain, ne reconnaissant point la personnalité juridique à l'esclave, le déclarait incapable de contracter un légitime mariage. Soit qu'il s'agît de l'union d'un *servus* et d'une *ancilla*, soit qu'il s'agît de l'union d'un esclave et d'une personne libre, il n'y avait là qu'un accouplement, *contubernium*, et non un mariage[1]. Comment l'Église traita-t-elle ces deux situations?

Pour l'union de deux esclaves, l'Église, de bonne heure, tendit à la reconnaître comme un vrai mariage. Cette doctrine fut peut-être déjà enseignée par le pape Callixte Ier, dans le premier tiers du IIIe siècle[2]. Mais l'Église respecta la puissance du maître, comme elle respecta pendant longtemps la puissance paternelle; elle fit, du consentement du maître, la condition même de la validité du mariage[3]. Si l'homme et la femme appartenaient à des maîtres différents, le consentement des deux *domini* était également nécessaire.

C'est le principe qu'elle s'efforça de faire prévaloir en Gaule, après la chute de l'empire d'Occident. Elle n'accueillait point les esclaves qui se réfugiaient dans les temples pour contracter mariage à l'insu de leurs maîtres; le quatrième concile d'Orléans, en 541, ordonne de les rendre aux maîtres, en obtenant de ceux-ci une promesse de pardon, et des esclaves fugitifs une promesse de séparation, à moins que les maîtres ne consentent plus tard à les marier[4]. Mais, d'autre part, elle employait son autorité pour forcer les maîtres à respecter les mariages d'esclaves auxquels ils avaient consenti, et pour les

1. L'affranchi, au contraire, pouvait se marier, et même contracter les justes noces, s'il était citoyen romain. Depuis Auguste, il pouvait épouser valablement, sauf un petit nombre d'exceptions, toute personne libre de naissance.

2. Freisen, *op. cit.*, p. 61, 282.

3. Saint Basile, can. XLII : Οἱ ἄνευ τῶν κρατούντων γάμοι, πορνεῖαι εἰσίν · οὔτε οὖν πατρὸς ζῶντος, οὔτε δεσπότου, οἱ συνίοντες ἀνεύθυνοι εἰσὶν · ὡς, ἐὰν ἐπινεύσωσιν οἱ κύριοι τὴν συνοίκησιν, τότε λαμβάνει τὸ τοῦ γάμου βέβαιον.

4. C. XXIV : « Quæcumque mancipia sub specie conjugii ad Ecclesiæ atria confugerint, ut per hoc credant posse fieri conjugium, minime eis licentia tri-

empêcher de séparer arbitrairement et de remarier les époux esclaves. Elle se heurtait souvent à des résistances, et Grégoire de Tours rapporte à ce sujet des anecdotes curieuses[1]. Cela prouve bien que, pas plus que le droit romain, la coutume germanique n'admettait un mariage valable entre esclaves[2]. Cette doctrine de l'Église fut exposée d'une façon précise par le concile de Châlon de l'année 813[3].

Cependant, tout en tenant pour valable et, en principe, indissoluble, le mariage des esclaves contracté avec le consentement du maître, l'Église était forcée, pour ne pas heurter le sentiment commun, de faire fléchir ce principe dans certains cas. Le synode de Verberie est instructif à ce point de vue. Il suppose qu'un esclave a pour concubine[4] sa propre esclave, et déclare que l'esclave pourra répudier celle-ci pour épouser son égale, c'est-à-dire l'esclave de son maître, mais il fera mieux de la garder[5]. D'autre part, les *libri pœnitentiales* admettent que, si l'esclave marié à un autre esclave est affranchi, et qu'il ne puisse acheter également la liberté de son conjoint, il aura le droit de répudier celui-ci pour épouser une

buatur... de qua re decernimus ut parentibus aut propriis dominis, prout ratio poscit personarum, accepta fide excusati, sub separationis promissione reddantur, postmodum tamen parentibus atque dominis libertate concessa, si eos voluerint propria voluntate conjungere. »

1. *Historia Francorum*, V, 3.

2. Dans ce sens, Scherer, *Ueber das Eherecht bei Benedict Levita und pseudo-Isidor*, p. 6. — *Secus*, Freisen, *op. cit.*, p. 281.

3. C. VIII, C. XXIX, qu. 2. — Cf. *Capitula Theodori* (éd. Wasserschleben), c. CIII. — *Cap. Longobardica*, c. v. — *Lex Wisigoth.* III, 2, 5. Cela ne s'appliquait pas seulement quand les esclaves appartenaient à des maîtres différents, mais aussi quand le maître du *servus* et de l'*ancilla* était le même. Jaffé, *Monumenta Carolina, Einharti epistolæ*, n° 41, p. 468 : « Quidam homo vester nomine Hunno venit ad limina Sanctorum Marcellini et Petri, veniam postulans pro eo, quod conservam suam ancillam vestram sibi in conjugium sociasset sine vestra jussione. »

4. *Concubina*, ici, veut sans doute dire « épouse » ; on n'emploie pas le mot *uxor*, parce que, au point de vue du droit séculier, il n'y a pas mariage légitime.

5. C. VII : « Si servus suam ancillam concubinam habuerit, si ita placet, potest, illa dimissa, comparem suam, ancillam domini sui accipere; sed melius est suam ancillam tenere. »

personne libre[1]. Cette décision s'explique par une autre règle que nous verrons bientôt, et d'après laquelle il ne pouvait y avoir légitime mariage entre une personne libre et une personne de condition servile ; elle est implicitement admise par le synode de Verberie, car celui-ci refuse de l'appliquer au *cartularius* qui a épousé une esclave et qui reçoit plus tard la pleine liberté[2].

Ces mariages d'esclaves étaient encore précaires d'un autre côté. Le maître, en consentant, n'avait pas perdu le droit de vendre son esclave ; tant que le serf n'eut pas été immobilisé à la seigneurie, une vente de l'un des époux, ou de tous deux, pouvait en fait les séparer, et rendre entre eux toutes relations impossibles. Devait-on décider que le lien indissoluble les retenait encore et rendait impossible pour chacun d'eux une nouvelle union? On n'allait pas jusque-là, et le synode de Verberie déclarait seulement qu'on devait les exhorter à rester dans cet état; cela voulait dire qu'on reconnaissait la validité d'un nouveau mariage[3].

Ce ne devait pas être là le dernier terme du droit canonique. Il arriva à reconnaître comme valable et parfait par lui-même le mariage contracté par des esclaves, même à l'insu ou contre

1. *Pœnitentiale Theodori* (Wasserschleben), II, 13, § 4 ; *Gregor.*, 73, et *Marten.*, 72 : « Si servum aut (et) ancillam dominus amborum in matrimonium conjunxerit, postea liberato servo vel ancilla, si non potest redimere qui in servitio est, liberato liceat ingenuo conjungere. »

2. C. xx : « Ut ille cartellarius qui cum ancilla manserit, cum eam, juxta legem libertate a domino suo accepta, dimiserit et aliam acceperit, posteriorem dimittat. » Cette restriction est sans doute fondée sur ce que le *cartularius* est déjà un homme libre et a épousé l'esclave en connaissance de cause. Le synode de Verberie refuse aussi le droit de répudier sa femme esclave à l'affranchi qui, après son affranchissement, commet un *adulterium* avec une esclave de son patron et épouse celle-ci, contraint par le patron qui peut l'y forcer, c. VIII.

3. C. XIX : « Si servus aut ancilla per venditionis causam separati fuerint, *prædicandi sunt* ut sic maneant, si eos rejungere non possumus. — Regino (II, 124) fait suivre ce chapitre d'un passage du *Bréviaire* (*interpretatio* ad. l. un. *C. Th.*, *Communi divi.* II, 25), où il est dit que, dans la vente des esclaves, on ne doit point séparer les familles, et il ajoute : « Lex romana longe melius de hac duntaxat causa præcipere videtur. »

la volonté de leurs maîtres. C'était une conséquence logique des principes qui avaient également, quant au mariage, affranchi les enfants de la puissance paternelle. Mais cette seconde conséquence ne se dégagea pas aussi vite que la première. Pierre Lombard admettait encore que le consentement du maître était nécessaire pour la validité du mariage, et indiquait seulement que quelques-uns étaient d'un avis contraire[1]; et Gratien rapporte simplement la décision du concile de Châlon[2]. Cela ne fut établi que par une décrétale d'Adrien IV (1154-1199)[3] qui invoque, pour justifier sa décision, les paroles de saint Paul dans l'*épître aux Galates* rappelées plus haut. Mais, bien entendu, le *servus* marié restait soumis envers son maître à tous les devoirs et services imposés par la coutume[4].

Ce point étant acquis, l'opinion prévalut que le maître ne pouvait pas, par une vente, séparer les esclaves valablement mariés. Il ne pouvait pas dépendre de lui de rendre, en fait, inutile et vide un mariage que l'Église reconnaissait comme valable et indissoluble. Si le maître transportait le *servus* marié d'une seigneurie à une autre, le juge ecclésiastique devait

1. *Sent., lib. IV*, D. XXVI, *B.* Après avoir cité le concile de Châlon, il ajoute : « Attende finem hujus capituli ubi videtur innui præter voluntatem dominorum inter servum et ancillam non posse contrahi conjugium, vel si contrahitur non esse ratum. *Quibusdam tamen videtur inter eos posse fieri conjugium dominis ignorantibus.* »

2. *Dictum*, sur c. VII, C. XXIX, qu. 2 : « Quæritur etiam, si servus unius alterius ancillam acceperit, an sit conjugium inter eos. De his ita statutum est in concilio Cabilonensi. »

3. C. I, X, *De conj. serv.*, IV, 9 : « Sane juxta verbum apostoli, prout tua discretio cognoscit, in Christo Jesu neque liber est neque servus, qui a sacramentis Ecclesiæ sit removendus. Ita quoque nec inter servos matrimonia debent ullatenus removeri. Et, si dominis contradicentibus et invitis contracta fuerint, nulla ratione sunt propter hoc ecclesiastico judicio dissolvenda. Debita tamen et consueta servitia non propter hoc sunt minus dominis exhibenda. »

4. De là cette difficulté assez singulière prévue par Hostiensis, *Summa*, p. 365 : « Quid si dominus servi qui, eo invito, contraxit, petat ab eo sibi exhiberi servitium debitum et uxor eodem tempore exigit debitum conjugale? Dic, si domino pareretur grave præjudicium, ut si inimici ipsum dominum aggrediantur, in hoc casu potius debet domino servus obedire quam uxori nimis importunæ. »

intervenir[1]. Le mariage des *servi* était devenu parfait et, en même temps, pleinement indissoluble.

L'Église avait ainsi assuré à l'esclave les droits de famille; en même temps, par une disposition remontant très haut et que nous trouvons dans les pénitentiels, elle cherchait à lui assurer, dans de modestes proportions, l'équivalent d'un patrimoine, en défendant au maître d'enlever à ses *servi* ce qu'ils avaient acquis par leur travail[2]. Ce fut elle, en réalité, qui contribua le plus, par cette double réglementation, à transformer l'esclavage en servage.

Ce que j'ai dit quant à la validité du mariage de l'esclave s'appliquait donc, à plus forte raison, au mariage du serf. Sans doute, les coutumes exigèrent le consentement du seigneur, soit dans tous les cas, soit seulement pour le for-mariage : mais le défaut de consentement ne rendait point nul le mariage du serf; il exposait simplement celui-ci à des peines pécuniaires envers le seigneur.

Voilà quelle fut l'évolution en ce qui concerne le mariage entre personnes de condition servile; voyons, maintenant, comment fut traitée l'union d'une personne libre et d'un esclave.

Le droit romain regardait encore cette union, que parfois il punissait sévèrement, comme un simple *contubernium*. Ici, le droit canonique conserva cette règle pendant longtemps,

1. Hostiensis, *Summa*, p. 365 : « Quid si dominus vult vendere servum suum uxoratum alicui qui ad remotas partes eum ducere vult; numquid potest? Dicunt quidam quod sic, et uxor debet eum sequi, sicut et virum leprosum. Verius videtur quod hoc non possit dominus facere, nec eum de una terra transferre ad aliam. Matrimonium enim rite contractum nec potestate dominica nec patria, velut conditionis apposita in legatum, dirimendum est... Unde judex ecclesiasticus ad denunciationem ipsius servi et ipsum dominum ex officio suo compescere potest. » — Cf. Gofredus, *Summa*, p. 180.

2. *Capitula Theodori* (*Ducheriana*), édit. Wasserschleben, c. CLXV : « Pecuniam servi propter laborem nulli licet ab eo auferre. » — *Pœnitentiale Theodori*, III, XIII, § 2 : « Non licet homini a servo suo tollere pecuniam quam ipse labore suo acquisierit. » — *Pœnitentiale pseudo-Theodori*, c. IV, § 28 : « Non licet homini a servo suo tollere pecuniam quam ipse labore suo adquisierit : si autem fecerit, restituat ei quod injuste abstulit et pœniteat judicio sacerdotis. »

ayant posé de bonne heure ce principe que le mariage n'était possible qu'entre personnes libres et de même condition, *inter ingenuos et æquales*. Le pape saint Léon, qui donne cette formule dans une lettre célèbre à Rusticus de Narbonne, en fait une application tacite[1]. Il décide que l'homme qui a gardé longtemps une esclave en qualité de concubine peut légitimement abandonner celle-ci pour prendre une femme légitime, et le clerc qui donne sa fille en mariage à un tel homme ne commet point un acte répréhensible[2]. Ce qui détermine la solution, ce n'est point simplement le caractère extérieur de l'union, qui est qualifiée concubinat et non mariage; car, à cette époque, il y avait une forte tendance à traiter, au point de vue de l'indissolubilité, le concubinat romain comme le mariage[3]. La raison de décider, c'est qu'il ne peut y avoir mariage entre une *ancilla* et un homme libre : si, en effet, la femme a été affranchie (*ingenua facta*)[4], le pape reconnaît qu'elle a pu

1. *Leo ad Rusticum Narb.* (a. 458 ou 459); — c. XII, C. XXXII, qu. 2 : « Nuptiarum autem fœdera inter ingenuos sunt legitima et inter æquales... itaque aliud est uxor, aliud concubina, sicut aliud ancilla, aliud libera. » — Il semble bien que deux conditions soient exigées là : 1° la liberté (*ingenuos*); 2° l'égalité de condition (*æquales*). Mais cette dernière considération ne paraît avoir exercé une influence que sur le mariage des personnes de condition servile D'après le synode de Verberie, l'esclave qui a épousé sa propre esclave peut la répudierpour épouser l'esclave de son maître, qui est *sua par*. De même, lorsque l'édit de Pistes (864) c. XXXI, annule les mariages contractés hors de leurs pays par des personnes de condition servile, qui ont fui les régions occupées par les Normands, il ajoute : « Et cujus mancipium vir vel femina fuerit, sua quæque potestas recipiat, *et suæ potestatis homini conjungere faciat.* » C'est, en effet, l'idée qui sert de fondement premier à la théorie du formariage. Voyez aussi page 324, note 1.

2. « *Inquisitio IV*, de presbytero vel diacono qui filiam suam virginem illi viro in conjugium dederit, qui jam habebat conjunctam mulierem, ex qua etiam filios susceperat. — Responsum : ... Cujuslibet loci clericus si filiam viro habenti concubinam in matrimonium dederit, non ita accipiendum est quasi eam conjugato dederit, *nisi forte illa mulier et ingenua facta et dotata legitime et publicis nuptiis honestata videatur.* »

3. Saint Augustin, *De fide et operibus*, c. XIX (édit. Vivès, t. XXI, p. 275) : « De concubina quoque, si professa fuerit nullum se alium coguituram, etiamsi ab illo cui subdita est dimittatur, merito dubitatur utrum ad percipiendum baptismum non debeat admitti. »

4. Le mot *ingenuus* a perdu la signification précise et technique que lui donnaient les jurisconsultes romains; il signifie simplement « libre ».

contracter, avec l'homme dont elle partageait la couche, un mariage valable[1]. Cette incapacité absolue pour l'esclave de contracter mariage avec une personne libre, saint Léon la fait reposer, non seulement sur les principes du droit romain, mais aussi sur l'enseignement de l'Écriture[2].

C'est encore la règle que suppose une lettre de Grégoire Ier, dans laquelle il ordonne à un clerc de reprendre sa femme. Celui-ci l'avait renvoyée parce qu'elle avait été *de servili conditione pulsata*. Mais la femme avait établi judiciairement sa qualité de personne libre, et c'est pour cela que le pape veut qu'elle soit rendue à son mari[3].

La loi des Wisigoths, rédigée au VIIe siècle, sous l'influence prépondérante de l'Église, interdit absolument le mariage entre une personne libre de naissance, ou même affranchie, et une personne de condition servile ; elle punit fort sévèrement une semblable union, et ordonne la séparation des conjoints[4].

Mais une réaction se produisit contre cette règle rigoureuse. Elle provint sans doute, en partie, de ce que l'esclavage peu à peu changeait de nature et de ce que, en fait, un *servus*, le plus souvent, ne différait guère d'un homme libre de basse

1. Voyez ci-dessus, p. 98, note 1. Cependant, on avait douté de la validité d'un semblable mariage, sans doute à raison de la condition inégale d'un homme libre de naissance et d'une affranchie ; c. III, C. XXIX, qu. 2 (attribué au pape Jules par Gratien) : « Si quis ancillam suam libertate donaverit et in matrimonium sibi sociaverit, dubitatur apud quosdam, utrum hujusmodi nuptiæ legitimæ esse videantur an non. Nos itaque vetustam ambiguitatem decidentes talia connubia legitima esse censemus. » Mais ce texte est simplement la loi 2, au *Code* de Justinien, *De nuptiis*.

2. « Multo prius hoc ipsum Domino constituente quam initium Romani juris existeret... Propter quod etiam apostolus ad manifestandam harum personarum discretionem testimonium ponit ex Genesi, ubi dicitur Abrahæ : ejice ancillam et filium ejus, non enim erit hæres filius ancillæ cum filio Isaac. »

3. C. VI, C. XXIX, qu. 2 : « Fraternitas igitur vestra cognoscat quod, revelante Deo libertatis auctore, probata sit libera, nulla que in eo macula servitutis inventa est. His ergo cognitis sine mora aliqua suo per vos eam volumus marito restitui. »

4. *Lex Wisig.*, III, 2, 3 et 4 : « Statim ubi primum hoc judex agnoverit eos ad separandum festinare non differat. »

condition. Elle résulta sûrement aussi de la force immanente au principe d'égalité entre les chrétiens, jadis proclamé par saint Paul. Elle s'atteste dans un texte de provenance incertaine, qui figure sous le nom du pape Jules, dans les recueils de Burchard, d'Yves de Chartres et de Gratien[1]. Elle aboutit à reconnaître que le *servus* était capable de contracter mariage avec une personne libre. Mais cette solution, très bonne pour le cas où ce mariage mixte avait eu lieu en connaissance de cause, était-elle juste lorsque le conjoint libre avait ignoré la condition servile de l'autre époux, et avait cru contracter avec une personne libre? On ne le pensa pas ; seulement, on ne songea pas à déclarer le mariage nul pour erreur sur la personne, par la raison bien simple que la théorie de l'erreur, telle qu'elle a été exposée ci-dessus, n'était certainement pas construite à l'époque où se produisit la réaction que je signale, c'est-à-dire à la fin du VII^e^ siècle ou au commencement du VIII^e^. Mais on avait une autre ressource : l'indissolubilité absolue du lien conjugal n'avait pas encore prévalu. La discipline ecclésiastique admettait encore, ou plutôt tolérait, un certain nombre de causes de divorce ; on en vit là une de plus. On admit que le conjoint libre, qui avait été induit en erreur sur la condition de l'autre conjoint, pourrait le répudier et contracter une nouvelle union. Tel est bien le sens véritable des dispositions contenues dans les décrets synodaux de Compiègne[2] et de Verberie. Ce qui le montre, c'est que le synode de Verberie assimile à ce cas celui où l'un des conjoints, libre au jour du mariage, est réduit postérieurement en esclavage[3] ; il permet, dans les deux cas, à l'époux qui est et reste

1. C. I, C. XXIX, qu. 2. Il se termine ainsi : « Si autem omnes unam legem habent, ergo sicut ingenuus dimitti non potest, sic nec servus semel conjugio copulatus ulterius dimitti poterit. »

2. C. VII : « Si francus homo acceperit mulierem et sperat quod ingenua sit, et postea invenit quod non est ingenua, dimittat eam et accipiat aliam. Similiter et femina ingenua. » — C. VIII : « Si femina ingenua accepit servum et sciebat tunc quod servus erat, habeat interim quo vivit. Una lex est de viris et feminis. »

3. C. VI : « Si quis ingenuus homo ancillam uxorem acceperit pro ingenua,

libre, une nouvelle union : or, dans le second cas, on ne peut songer qu'à un divorce. C'est également ainsi qu'il faut entendre un passage du *Pœnitentiale Gregorianum*, qui déclare indissoluble le mariage d'un homme libre et d'une *ancilla*, lorsqu'ils ont été *consensu amborum conjuncti* [1].

Mais, lorsqu'eut prévalu l'indissolubilité absolue, cette ressource n'était plus possible. Il fallait, de deux choses l'une : ou déclarer le mariage valable, et, par suite, indissoluble malgré l'erreur ; ou trouver une raison suffisante pour l'annuler dans un cas, et le valider dans l'autre. C'était un problème difficile à résoudre ce qui le montre bien, c'est que nous en trouvons, dans les lettres d'Yves de Chartres, deux solutions opposées.

Dans la Lettre CCXXI, consulté sur cette difficulté par l'évêque d'Orléans [2], Yves maintient la validité et l'indissolubilité du mariage malgré l'erreur. Il sait, dit-il, que les décisions anciennes des papes et les lois séculières sont contraires; elles n'admettent jamais qu'un mariage valable puisse se former entre une personne libre et une personne de condition servile. Mais, en droit naturel, il n'y a ni libres ni esclaves, et le mariage est un sacrement devant lequel tous les chrétiens sont égaux [3]. Cependant, cette solution, d'un esprit très élevé, n'était pas sans de graves inconvénients pratiques. En effet, d'après

si ipsa femina postea fuerit inservita, *si redimi non potest*, si ita voluerit liceat illi aliam accipere. Similiter et mulier ingenua, si servum accipiat pro ingenuo et *postea pro qualicumque causa inservitus fuerit, nisi pro inopia fame cogente se vendiderit et de precio viri sui a fame liberata fuerit*, si voluerit potest eum dimittere, et, si se continere non potest, alium ducere. Similiter et de muliere, si se vendiderit et vir ejus ita consenserit, taliter potest stare. »

1. *Theodorus, canones Gregorii* (éd. Wasserschleben), c. XVII : « Si quis liber ancillam in matrimonio acceperit, non habet licentiam dimittere eam, si ante consensu amborum conjuncti sunt. »

2. P. 388 : « De libero viro qui nesciens ancillam duxit uxorem, postea vero, veritate cognita, eam dimisit et nunc aliam ducere accepta a vobis licentia disponit, quod sentio dilectioni vestræ respondeo. »

3. « Si decreta Patrum et leges sæculi super hoc consulere volumus, reperiemus quia inter ingenuos et æquales tantum legitima consistat esse conjugia, et ubi aliter per ignorantiam evenerit, licita fore divortia. Si vero di-

beaucoup de coutumes, la personne libre, qui venait cohabiter avec une personne de condition servile, prenait elle-même cette condition et perdait sa liberté. Or, si le mariage était valable, il entraînait, pour les époux le devoir de cohabitation, et, le serf ne pouvant quitter le lieu de servitude, la vie commune devait forcément s'établir en ce lieu, ce qui entraînait l'asservissement du conjoint libre. Pour éviter cette conséquence, Yves admet, dans la Lettre CCXXI, que le conjoint libre sera dispensé de la cohabitation et de la prestation du devoir conjugal, le lien matrimonial restant intact[1]. Mais ce n'était point là une solution satisfaisante. Yves ne tarda pas à s'en apercevoir, et, dans la Lettre CCXLII, il soutient la nullité du mariage lorsqu'il y a eu erreur. Ce qui le décida certainement à changer d'opinion, ce fut le grave inconvénient pratique qui vient d'être signalé ; le mariage, dit-il, dans lequel un des conjoints attire l'autre en servitude, ne représente point l'amour du Christ pour l'Église, et ce n'est point un sacrement[2]. Mais il est intéressant de suivre son raisonnement juridique.

Il était pris à partie par Audoin, évêque d'Évreux, qui, retournant contre lui sa première doctrine, lui reprochait d'annuler les mariages entre personnes libres et personnes de condition servile[3]. Il se défend en disant qu'entre telles personnes

vinum institutum et legem naturæ consulimus, ubi neque servus neque liber, non potest facile mihi persuaderi ut, propter conditionem quam natura non habuit nec divina lex a lege conjugali excepit, lex humana posterius lata cassare possit conjugii sacramentum, quod veteri et evangelica lege constat esse confirmatum. »

1. « Quod si vir propter conjugii caritatem noluerit subire servitutem, nec mulier valuerit acquirere libertatem, ita rem modificandam puto : ut si per aliquam dispensationem permittimus cessare opera nuptiarum, non tamen ideo concedamus cassari conjugii sacramentum. »

2. P. 429 : « Non dicimus esse conjugium quod non continet Christi et Ecclesiæ sacramentum, quod minime continere videtur illa copula viri et mulieris in qua non servatur præceptum dilectionis. Non enim verum est inter eas personas veram esse dilectionem quarum altera alteram suo contubernio redigit in servitutem. »

3. « Scripsit mihi dilectio vestra vos audiisse a quibusdam quod dirimerem conjugia liberorum et ancillarum et e converso, et hoc vobis videri quod sit contra sententiam evangelicam, qua dicitur : Non licet viro dimittere uxorem nisi causa fornicationis. »

il n'y a point mariage, mais simplement *contubernium*[1]. Pour le prouver, il invoque la lettre de saint Léon à Rusticus de Narbonne; il invoque aussi les lois romaines[2], et, en particulier, la *Novelle* 22, c. x, de Justinien, qu'il cite d'après l'*Epitome* de Julien. Mais cette thèse aurait conduit à traiter toujours le mariage comme nul, alors même que l'époux libre aurait connu la condition de son conjoint. Yves ne veut pas aller jusque-là; il maintient le mariage dans ce dernier cas: mais les raisons par lesquelles il soutient la distinction sont assez faibles. D'après lui, lorsque le mariage a été contracté en connaissance de cause, il est valable, parce que le consentement libre et conscient est l'élément essentiel du mariage; alors c'est bien Dieu qui unit les époux et l'homme ne doit pas les séparer. Si, au contraire, l'époux de condition libre a été déçu, il admet nécessairement une fraude ou tromperie de la part de l'autre époux : ce n'est pas alors Dieu, mais l'homme seul qui unit les époux et c'est Dieu qui les sépare[3]. Yves paraît aussi attacher quelque importance à ce fait que la *Novelle* 22, c. x prévoit, justement l'hypothèse où il y a eu erreur : *Si quis per errorem ancillam mulierem duxerit uxorem, liberam esse eam putans, vel e contrario.* Mais, c'est là simplement une constatation de fait. Dans le droit de Justinien le mariage n'est jamais valable entre personnes libres et personnes esclaves.

1. P. 429 : « Si enim divortium facimus inter liberum et ancillam, non conjugium solvimus sed contubernium male conjunctorum dissolvimus et dissociamus. »

2. P. 430 : « Quod etiam legibus sæculi cautum habemus quas catholici reges composuerunt et ex auctoritate Romanæ Ecclesiæ catholicis populis servandas tradiderunt : unde Justinianus in *Codice Novellarum*... In tali ergo contractu, quod lex damnat, non homo sed justitia separat : quia quod contra leges præsumitur, per leges dissolvi meretur. »

3. P. 430 : « Si quis autem liber ancillam in matrimonium duxerit, non habebit licentiam dimittere eam, si prius scientes conditionem suam et consentientes matrimonium, contraxerunt : quia conjugium consensus facit, non coitus. Ubi ergo bona fide conjugia contracta sunt ibi valet : *Quod Deus conjunxit, homo non separet*, et : *Non licet vero dimittere uxorem nisi causa fornicationis.* Ubi vero humana deceptio fœdus nuptiarum violaverit, tales nuptias non facit Deus, sed homo : eorum autem separationem facit Deus, non homo. »

Si la *Novelle* 22 (c. XI et XII) semble valider de semblables mariages, ce n'est qu'une apparence ; la loi alors confère la liberté à l'esclave, comme peine contre le maître [1].

La dernière opinion d'Yves était celle qui devait triompher, mais elle devait juridiquement prendre une autre forme. Il fallait l'asseoir plus solidement ; c'est ce que tenta Pierre Lombard. Il déclara que les personnes de condition servile n'étaient pas, dans ce cas, capables de contracter mariage, *personæ illegitimæ ad contrahendum matrimonium.* Cependant, il n'entendait point revenir sur les progrès accomplis et contester la validité du mariage, lorsque la personne libre avait connu la condition servile de son conjoint. Il fit donc des esclaves contractant avec des personnes libres une classe intermédiaire de personnes, entre celles qui étaient pleinement capables et celles qui étaient absolument incapables. Ces personnes, parmi lesquelles il rangeait aussi les impuissants, étaient *relativement* incapables de contracter mariage ; elles étaient capables si leur conjoint connaissait leur condition, elles étaient incapables s'il l'ignorait [2]. Il paraît d'ailleurs considérer l'annulation du mariage comme une peine du dol qu'aura généralement commis le conjoint esclave pour se faire épouser [3].

Cela était très ingénieux, mais bien subtil. Elle était singulière, en effet, cette incapacité qui dépendait de l'ignorance du

1. On remarquera qu'Yves ne fait pas intervenir dans la discussion les décisions des synodes de Compiègne et de Verberie ; ces dernières figurent cependant dans Regino, dans Burchard de Worms, et dans Yves lui-même.

2. *Sent., lib. IV,* D. XXXIV, *A* : « Plene legitimæ sunt, quibus non obviat votum continentiæ, vel ordo sacer, vel cognatio, vel dispar cultus, vel conditio. Penitus vero illegitimæ sunt per votum, per ordinem, per cognationem, per disparem cultum. Mediæ vero sunt, nec omnino illegitimæ nec plene legitimæ per frigiditatem, *per conditionem.* Si enim tales junguntur ignoranter, commanere possunt quibusdam accedentibus causis, et, eisdem deficientibus, dividi. »

3. *Sent., lib. IV,* D. XXXVI, *A* : « Cum dicitur [sciens illum servum] datur intelligi quod si nescierit illum servum, non cogitur manere cum ipso. *Si enim conditionis dolum patitur non cogitur adhærere ei cujus fraude decepta est.* »

co-contractant. On ne devait point en rester là, et l'on devait donner pour base à l'empêchement, non l'idée d'incapacité, mais celle d'erreur. Déjà, Pierre Lombard faisait rentrer dans sa théorie de l'erreur l'*error conditionis*; mais c'était en quelque sorte seulement pour la forme, car il traitait à part de cette dernière[1], et lui appliquait les principes que l'on vient de voir, Néanmoins, le germe de la conception nouvelle était déposé, et il fructifiera. Gratien, sans reproduire la théorie de Pierre Lombard sur l'incapacité relative du *servus*, paraît s'attacher comme lui, pour autoriser le *divortium*, principalement à l'idée de dol commis; mais il ajoute à la phrase de Lombard un mot qui rappelle la nullité pour erreur sur la personne [2].

Les interprètes du Décret se placèrent nettement dans la théorie de l'erreur[3]. Ils considérèrent l'esclave comme pleinement capable de contracter mariage avec une personne libre, mais déclarèrent le mariage annulable pour cause d'erreur, lorsque la personne libre avait ignoré la condition servile de son conjoint. Ce fut aussi à ce même point de vue que se placèrent les décrétales des papes Alexandre III, Urbain III, Innocent III[4], qui confirmèrent législativement les résultats obtenus

1. *Sent., lib. IV*, D. XXX, *A* : « Error vero conditionis conjugalem consensum evacuat, de qua conditione postmodum tractabimus. »

2. *Dictum* sur c. VI, C. XXIX, qu. 2 : « Cum dicitur [sciens illum servum] datur intelligi quod, si nesciret illum servum esse, non cogitur cum eo manere : *Quia ergo hæc et personæ et conditionis dolum passa est*, non cogitur ei adhærere cujus fraude decepta est. »

3. Freisen, *op. cit.*, p. 290 et suiv. Paucapalea met pourtant encore l'idée de dol en avant; *Summa*, éd. Schulte, p. 118 : « Nunc de conjugiis quæ dolo et fraude contrahuntur, dicendum videtur, dum videlicet nobilis sibi aliquam expetere dicitur et pro eo ignobilis vel servus inducitur. » Mais il ajoute plus loin, p. 119 : « Inter hos autem tam personæ quam conditionis error affuit, consensus itaque defuit, nec ergo conjuges sunt dicendi... Quod autem servilis conditio non repellat istum a matrimonio sic potest probari. Valde majus atque dignius est conjugium Christi et Ecclesiæ quam viri et mulieris matrimonium. A tali vero conjugio neminem repellit servilis conditio. »

4. C. II, III, IV, X, *De conj. serv.*, IV, 9. Panormit., sur c. II, X, *De conj. serv.*, n° 3 : « Inter liberum et servam potest esse matrimonium, sicut inter servos; dispar ergo conditio non impedit matrimonium *inter scientes*, et hoc de jure canonico; nam, de jure civili, non potest esse inter eos matrimonium. »

par la doctrine. Par là, c'était une *error qualitatis* qui, à raison de son importance, était élevée à la valeur d'erreur substantielle.

Cependant, l'ancienne idée d'incapacité continua à exercer une certaine influence sur la théorie. Si l'erreur sur la qualité d'homme libre était dans l'hypothèse, la seule cause de nullité du mariage, logiquement une semblable erreur eût toujours dû produire le même effet, de quelque personne qu'elle émanât. On aurait aussi dû reconnaître la même importance juridique à toute erreur sur la condition, même à celle qui faisait considérer comme *servus* une personne qui, en réalité, était libre. Cela ne fut point admis et Hugutio prit bien soin de poser cette règle, qui resta, que toute erreur sur la condition ne rendait point le mariage annulable[1].

On écarta facilement le cas où quelqu'un épousait une personne libre, la croyant de condition servile; le mariage, dans ce cas fut déclaré inattaquable[2]. Le conjoint déçu ne pouvait se plaindre d'être mieux marié qu'il ne l'avait espéré[3]. Mais une hypothèse plus délicate était celle où un *servus* épousait une personne de condition servile, croyant épouser une personne libre. N'y avait-il pas là une erreur irritante? De bonne heure, une opinion importante le nia : malgré l'erreur, les époux n'avaient, quant à leur condition, rien à s'envier l'un à l'autre[4]. Cela devint l'opinion commune[5]; on la justifiait comme

1. Glose sur C. XXIX, qu. 2, v° *Secunda* : « Et notat H(ugutio) quod non omnis error conditionis impedit matrimonium, sed tantum error servilis conditionis; nec etiam semper talis error impedit. »

2. Cependant l'opinion contraire avait été soutenue : « Alii autem dicunt quod sive erret in meliori sive in deteriori conditione, semper dirimitur matrimonium. » — Hostiensis, p. 366 : « Alii dicunt quod sive erretur in meliore conditione, sive in deteriore, sive in pari, matrimonium non tenet; nam qui errat non consentit. »

3. Glose citée : « Unde si libera vult contrahere cum servo et contrahit cum libero, non dirimitur matrimonium licet ibi sit error conditionis, quia non intelligitur talis decepta quæ cum meliore contrahit quam credebat. »

4. Bernard Pap., *Summa decret.*, p. 154 : « Nec prætereundum puto quod si servus volens accipere uxorem, putabat liberam quæ erat ancilla, non puto quod propter hunc errorem valeat separari. Quid enim objiciet cæcus cæco? Quid Catilina Cethego. »

5. Hostiensis, *Summa*, p. 366 : « Tunc igitur error conditionis matrimonium

je viens de le dire ; mais au fond, on était dominé par cette idée que, dans cette hypothèse, le mari et la femme étaient deux personnes parfaitement capables de contracter ensemble, et que l'erreur sur la condition n'était alors qu'une erreur sur la qualité[1]. Dans le cas, au contraire, où l'homme libre épousait par erreur une personne de condition servile, l'erreur était substantielle, parce que, pendant longtemps, on avait considéré le *servus* comme incapable de contracter avec une personne libre[2]. Ce qui montre encore l'influence durable de cette idée, c'est qu'on se demandait si un homme libre, ayant épousé par erreur une *ancilla*, et celle-ci ayant été postérieurement affranchie, le mariage n'était pas validé[3].

Quelle était la valeur juridique d'un mariage entaché d'une *error conditionis* irritante? Il semble qu'on aurait dû le considérer comme simplement annulable, pouvant être atta-

nullum reddit, quando conditio errantis fit deterior, secus si melior fiat, sed nec de pari poterit querelari, et hæc opinio hodie est communis. »

1. Glose sur C. XXIX, qu. 2, v° *Secunda* : « Quod si servus credat contrahere cum libera et contrahit cum ancilla non dirimitur matrimonium, *quia consentit in hominem suæ conditionis*, et quia neuter potest aliquid alii objicere ; et ita propter errorem servi nunquam dirimitur matrimonium, sed certe pari ratione videtur quod si aliqua credit contrahere cum uno, et contrahit cum alio qui est ditior et melior. »

2. Une troisième opinion s'était formée, qui s'attachait surtout à l'inégalité ou à l'égalité réelle des parties quant à la condition. Toute erreur sur la condition entre personnes de condition inégale, était irritante, et celle-là seulement. Cette opinion, que professe dans la glose Bartholomæus Brixiensis, conduisait à des conséquences singulières. Glose citée : « Tertii dicunt quod si interveniat error in dispari conditione, dirimitur matrimonium, sed si in pari non dirimitur. Unde si libera vult contrahere cum libero et contrahit cum servo, et servus vult contrahere cum serva et contrahit cum libera, non tenet matrimonium. Sed si liber vult contrahere cum serva et contrahit cum libera, vel si ancilla vult contrahere cum libero et contrahit cum servo, tenet matrimonium, quia utrobique est paritas. Et hæc opinio bona mihi videtur. B. » — Cf. Gofredus, *Summa*, p. 181.

3. Gofredus, *Summa*, p. 180 : « Quod si aliquis contrahit cum ancilla ignoranter, et tandem dominus manumittit ancillam, numquid hoc ipso matrimonium confirmatur, maxime si post manumissionem interveniat copula carnalis, viro tamen ignorante mutationem status mulieris? Respondeo non ; quia ad hoc intelliguntur commisceri ex consequentia prioris consensus qui nullus fuit. »

qué par l'époux déçu, mais non point comme radicalement nul. Cette opinion avait été proposée[1]; mais elle ne prévalut pas. On disait que le mariage ne pouvait pas être un contrat boiteux, valable d'un côté et nul de l'autre : il était donc nul pour le tout[2]. Cela n'empêchait pas que ce mariage ne pût être confirmé par un nouveau consentement, donné lorsque l'erreur avait été découverte ; il était traité en cela comme les autres mariages nuls, et, ici encore, la ratification résultait de la continuation des relations conjugales après la découverte de l'erreur[3]. Mais, quant à cette ratification, les canonistes tiraient de l'idée de nullité absolue une conséquence notable. Pour qu'elle opérât, il ne suffisait pas d'un consentement dûment renouvelé par l'époux déçu ; il fallait encore un nouveau consentement de la part de l'autre époux[4]. On ajoutait, il est vrai, que ce dernier était tenu de renouveler son consentement, à raison de la foi par lui donnée, mais, pour l'y contraindre, la juridiction ecclésiastique ne disposait que de moyens indirects, et, si ce conjoint avait contracté dans l'intervalle un second mariage avec un tiers, il était parfaitement valable[5].

Toute cette théorie de l'*error conditionis* avait été construite

1. Paucapalea, *Summa*, éd. Schulte, p. 119 : « Separentur ergo, nisi mulier consensum adhibuerit, quo adhibito, matrimonium facit tanquam si prius fuerit adhibitus. Rati namque habitio mandato comparatur. — Gofredus, *Summa*, p. 180 : « Dicunt quidam quod matrimonium est ex una parte, scilicet ex parte illius qui consensit. » Cf. glose, sur c. IV, C. XXIX, qu. 2, v° *Faciat.*

2. Gofredus, *loc. cit.* : « Sed hoc non placet, quia matrimonium non claudicat nec ex una parte tantum consistit; est enim duorum conjunctio maris et feminæ. » — Glose citée : « Sed dico quod quantum ad neutrum est matrimonium; unde neuter cogitur stare cum altero, quantum ad vinculum matrimonii. » Comme le rappelle cette glose, c'est la même théorie qu'on appliquait au mariage des impubères.

3. C. II, X, *De conj. serv.*, IV, 9.

4. Gofredus, *Summa*, p. 180 v° : « Sed pone quod liber contrahit cum ancilla ignorans eius conditionem; deinde, detecta conditione, illi consensit in matrimonium verbo vel facto, illa tamen non consensit, numquid est matrimonium inter eos... Sed hoc non placet. » Hostiensis, *Summa*, p. 365.

5. Gofredus, *Summa*, p. 180 : « Sed fatcor quod mulier compelletur ad consensum matrimonialem ratione fidei datæ, et quia mulier malitiose dissen-

en vue des esclaves proprement dits. Les canonistes se demandaient si elle devait s'appliquer également au mariage des *serfs*, en prenant le mot dans son sens technique et étroit. C'était là une question classique[1] : les docteurs l'examinaient à propos des *adscripticii* ou *originarii* des lois romaines. La plupart décidaient qu'ici le mariage, même contracté par erreur, par une personne pleinement libre avec une personne de cette condition, était absolument inattaquable : telle était l'opinion de Bernard de Pavie, de Hugutio et d'Hostiensis parmi les anciens, de Panormitanus parmi les modernes[2]. On disait dans ce sens que le colon (et la même chose pouvait se dire du serf), à la différence de l'esclave, était une personne libre, puisqu'il avait la personnalité juridique, et qu'il ne pouvait être vendu en dehors de la terre à laquelle il était attaché. On ajoutait que les canons qui annulaient le mariage pour *error conditionis* ne parlaient que des *servi*. Mais ces raisons n'étaient pas bien fortes; car, au point de vue du mariage et des droits de famille, le droit canonique avait donné à l'esclave la personnalité juridique; il était même arrivé, nous l'avons vu, à protéger contre l'aliénation le *servus* marié. D'autre part, la langue du moyen âge, — les actes en fournissent des preuves innombrables, — employait constamment le mot *servus*

tire videtur. » — Hostiensis, *Summa*, p. 365 : « Mulier tamen potest compelli ad consentiendum ratione fidei datæ, maxime quia mulier maliciose dissentire videtur ; et ideo ad ejus petitionem non debet matrimonium solvi, sed, si contraheret cum alio, compulsione pendente, teneret matrimonium. »

1. Glose sur C. XXIX, qu. 2, v° *Secunda* : « Dubitari autem consuevit si libera contrahit per errorem cum homine ascripticiæ conditionis an teneat matrimonium. »

2. Glose citée : « H(ugutio) dicit quod teneat. » — Bern. Pap., *Summa de matr.*, p. 294 : « Originariorum conditio, etiamsi ab aliqua ignoraretur, matrimonium tamen non excludit ; etsi ad operas quasdam enim teneantur, quia tamen vendi vel alienari ut servi non possunt, non mihi videtur eorum conditio matrimonium impedire, nec per canones tale matrimonium invenio separatum. » — Hostiensis, *Summa*, p. 366. — Panormit., sur c. II, X, *De conj. serv.*, n° 5 : « Quid autem in ascripticio? Communiter tenetur quod talis error non impedit matrimonium, quia ascripticius est persona libera, et invito domino potest stare in possessione. »

pour désigner ceux qu'en France on appellera les serfs. Il n'y avait aucune bonne raison pour ne pas traiter le mariage du serf comme celui de l'esclave, et Yves de Chartres n'avait aucun scrupule à cet égard. Les deux lettres étudiées plus haut, où la théorie est établie, sont de la fin du XI^e^ siècle ou du commencement du XII^e^, et, à cette époque, il n'y avait plus d'esclaves en France, il n'y avait plus que des serfs. Enfin, l'assimilation était encore plus impérieusement commandée, lorsque, pour annuler le mariage *propter conditionem*, on n'invoqua plus que la théorie de l'erreur. Cependant, parmi les canonistes italiens, dont l'autorité devait véritablement faire le droit, fort peu ont professé cette doctrine, et, pour la soutenir, ceux-là n'invoquaient que quelques dispositions des lois romaines propres à l'*adscripticius*[1].

SECTION TROISIÈME

Empêchements fondés sur une relation entre les conjoints antérieure au mariage.

Les empêchements de cette catégorie sont au nombre de quatre : 1° la parenté (*cognatio*) ; 2° l'alliance (*affinitas*) ; 3° la *publica honestas* (*publicæ honestatis justitia*) ; 4° l'adultère qualifié (*criminis enormitas*). J'ai examiné le troisième de ces empêchements (la *publica honestas*) en exposant la théorie des fiançailles[2]. Il reste à étudier les trois autres.

I

Le droit canonique désigne la parenté sous le nom générique de *cognatio*, et il en connaît trois sortes qui peuvent

1. Bern. Pap., *Summa de matr.*, p. 294 : « Dicit tamen magister Jo(annes) errorem ascripticie conditionis matrimonium impedire, in hoc potius utpote legum quam canonum auctoritatem secutus. » — Glose sur C. XXIX, qu. 2, v° *Secunda* : « H(ugutio) dicit quod teneat, lex tamen contradicit in *Auth. de nupt.*, § *Ascripticio*, coll. 4, et C. *De senat. Claud. l. una.* »

2 Ci-dessus, p. 145 et suiv.

également rendre le mariage impossible entre parents. Ce sont : 1° la parenté naturelle résultant des liens du sang, *consanguinitas* ; 2° la parenté purement légale créée par l'adoption, *cognatio legalis* ; 3° la parenté née de la participation de deux personnes à certains sacrements, *cognatio spiritualis*.

L'un des traits distinctifs du droit canonique, c'est la rigueur avec laquelle il prohiba, au moyen âge, le mariage entre personnes unies par les liens du sang[1]. Il est assez difficile de déterminer quelle fut la cause première de ce mouvement, qui aboutit à un système complet d'exogamie ; car un système semblable n'était fourni par aucune des deux législations dont s'inspira principalement le droit canonique, la loi mosaïque et la loi romaine.

La loi judaïque avait commencé par proclamer le principe exactement opposé, le principe d'endogamie, en ordonnant que tout Israélite prendrait femme dans sa tribu et dans sa parenté[2]. Une réaction, il est vrai, s'était opérée ; elle avait son expression dans un axiome général, défendant le mariage entre parents[3] ; mais la loi n'en avait fait qu'une application restreinte. Elle défendait le mariage entre ascendants et descendants, entre frères et sœurs germains, consanguins, ou utérins, entre la tante paternelle ou maternelle et le neveu[4]. Les textes des Évangiles n'ajoutaient rien à cette réglementation[5].

Les anciens Romains semblent avoir connu et pratiqué le principe d'exogamie[6]. D'après une constatation faite par Plu-

1. Ci-dessus, p. 87, et suiv.

2. *Numeri*, c. XXXVI, v. 7 et 8 : « Omnes enim viri ducent uxores de tribu et cognatione sua. Et cunctæ feminæ de eadem tribu maritos accipient, ut hæreditas permaneat in familiis. »

3. *Levit.*, c. XVIII, v. 6 : « Omnis homo ad proximam sanguinis sui non accedet ut revelet turpitudinem ejus. Ego Dominus. »

4. *Levit.*, c. XVIII, v. 7-20.

5. Gratien relève ces précédents. C. XXXV, qu. 1 : « In lege quoque præcepit Dominus Moysi ut nullus duceret uxorem nisi de propria tribu et familia... Nullo autem Evangelii præcepto vel apostolico instituto consanguineorum conjunctiones prohibitæ inveniuntur. »

6. La légende de l'enlèvement des Sabines pourrait peut-être révéler primitivement une exogamie absolue, de tribu à tribu.

tarque[1], le mariage aurait été prohibé anciennement d'une manière absolue entre parents ; mais Plutarque raconte en même temps comment se serait établi l'usage des mariages entre cousins germains. En définitive, le droit romain, tel qu'on le trouve dans le Haut Empire, était fort modéré quant aux prohibitions de mariage fondées sur la parenté. Il le prohibait à l'infini entre parents en ligne directe ; mais, en ligne collatérale, il le permettait en principe entre parents au quatrième degré, c'est-à-dire à partir des cousins germains. Cela n'excluait que le mariage entre frère et sœur, entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. Cependant, cette règle souffrait deux exceptions, dont l'une la restreignait et l'autre l'étendait. D'un côté, une loi faite sur mesure pour l'empereur Claude, mais générale dans sa disposition, permettait à l'oncle d'épouser la fille de son frère, mais non la fille de sa sœur[2]. D'autre part, le mariage était défendu entre grand-oncle et petite-nièce, entre grand'tante et petit-neveu, bien que ces personnes fussent au quatrième degré ou à un degré plus éloigné de parenté. On justifiait cela en disant que l'une de ces personnes tenait, en quelque sorte, la place d'un ascendant par rapport à l'autre, *parentum loco erant*.

L'Église, de bonne heure, montra de l'aversion pour le mariage entre parents. Ce ne fut point d'abord le résultat d'un raisonnement précis et l'effet d'un principe ferme : ce fut plutôt une sorte de sentiment instinctif. Les anciens Pères, en effet, invoquent surtout, pour condamner ces unions, une pudeur naturelle et louable ; ils ne se bornent pas à tirer parti des textes de l'Ancien Testament[3]. Saint Augustin, il est vrai, produisit une considération ingénieuse et élevée qui

1. *Quæst. Rom.*, c. VI ; cf. Tacite, *Ann.*, XII. — Cela est confirmé par un fragment de Tite-Live, publié dans l'*Hermes* (1870, p. 372) : « P. Celius patricius primus adversus veterem morem intra septimum cognationis gradum uxorem duxit. » Cf. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, p. 211.

2. Gaius, I, 62 ; Tacite, *Ann.*, XII, 1-7.

3. Ambrosius, *Ep. LX ad Paternum*, c. V : « Quanta hujusmodi invenies non esse interdicta lege per Moysen edita, et tamen interdicta sunt quadam voce naturæ. » — August., *De civitate Dei*, XV, c. XVI : « Sed etiam quia nescio quomodo inest humanæ verecundiæ quiddam naturale atque laudabile, ut, cui debet causa propinquitatis reverendum honorem, ab ea contineat. »

avait l'apparence d'un système et qui devait faire fortune. C'est lui qui, dans son *De civitate Dei*, expose cette thèse, que le mariage doit être une semence d'amour, *seminarium charitatis*; qu'il doit, par l'alliance, unir des personnes jusque-là étrangères les unes aux autres; qu'il serait donc contraire au but de l'institution d'unir par le mariage des personnes déjà unies par la parenté [1]. Mais, on ne peut dire que, dans sa pensée, ce raisonnement soit destiné à avoir une portée juridique. Ce qui exerça incontestablement une influence prépondérante sur la marche ascendante du droit ecclésiastique vers la prohibition absolue du mariage entre parents, ce qui lui assigna, d'un seul coup, son but final, ce fut le passage du *Lévitique* où le principe était posé en termes généraux [2]. Suivant une méthode à eux familière, les interprètes ecclésiastiques détachèrent ce verset des versets suivants, qui limitaient la portée du principe; ils le considérèrent comme un axiome absolu, comme un idéal tout au moins, jusqu'auquel devait s'élever la nouvelle loi, si la loi ancienne n'avait pu y atteindre. Enfin, des constatations d'un empirisme grossier et populaire sur les vices physiques, dont pouvaient facilement être atteints les enfants nés de mariages entre parents, inspirèrent aussi la réaction énergique qu'opéra l'Église contre de semblables unions [3].

La réaction chrétienne, tant que dura l'empire d'Occident, ne s'attesta guère que par des lois impériales, où l'influence ecclésiastique était manifeste [4]. Ce fut d'abord une Constitution

1. Voyez ci-dessus, p. 88.

2. *Levit.*, c. XVIII, v. 6, ci-dessus p. 336, note 3.

3. *Gregorius ad Augustinum Anglorum episcopum* (?) = c. XX, C. XXXV, qu. 2 et 3 : « Sed experimento didicimus ex tali conjugio (il s'agit du mariage entre cousins germains) *sobolem non posse succrescere*, et sacra lex prohibet cognationis turpitudinem revelare. » Si cette célèbre épître n'est pas authentique, comme cela est fort possible, elle n'en révèle pas moins les idées dirigeantes de l'Église en cette matière. — Cf. Benedictus Levita, VII, 179 : « Sæpe in nuptiis clam factis gravia peccata tam in sponsis aliorum, quam in propinquis sive adulterinis conjugiis, et, quod pejus est dicere, consanguineis adcrescunt vel adcumulantur. Ex his autem procreari solent cæci, claudi, gibbi et lippi, sive alii turpibus maculis aspersi. »

4. Le concile romain tenu sous le pape Siricius (384-398), qui contient des

des fils de Constantin qui abrogea la loi faite jadis en faveur de Claude, et d'après laquelle le mariage était permis entre l'oncle et la fille du frère [1]. Puis vint une loi de Théodose le Grand, qui prohiba le mariage entre cousins germains [2]. Cette Constitution, qui ne nous a pas été conservée, fut elle-même, par suite d'une résistance de la population, abrogée en Orient par l'empereur Arcadius [3]. Mais, bien que cette dernière loi de l'année 405, qui opérait un retour au droit antérieur, porte dans le Code de Justinien l'*inscriptio* : *Impp. Honorius et Arcadius Eutychiano præfecto prætorio*, il est certain qu'elle ne fut pas promulguée dans l'empire d'Occident ; car nous trouvons au Code Théodosien une Constitution de l'empereur Honorius de l'année 409 [4], d'après laquelle le mariage entre cousins germains est encore prohibé, quoique sous des peines moins sévères que précédemment [5] et sauf dispense accordée par l'empereur.

Après la chute de l'empire d'Occident, les conciles occidentaux du VIe siècle étendirent expressément la prohibition de mariage jusqu'au sixième degré de computation romaine, c'est-à-dire jusqu'aux fils des cousins germains, ceux que l'on appelait *sobrini* ou *sobrino propiores*. Cependant, les deux premiers conciles qui statuèrent sur ce point, le concile d'Agde de 506 [6] et le concile d'Epaon de 517 [7], qui déclarent nuls les

prohibitions spéciales à l'Église, traite de l'alliance, non de la parenté. Löning, *op. cit.*, II, p. 346.

1. *C. Th., Si nuptiæ ex resc.*, III, 12.

2. Ambros., *Ep. LX ad Paternum* : « Nam Theodosius imperator etiam patrueles fratres et consobrinos vetuit inter se conjugii convenire nomine, et severissimam pœnam statuit, si quis temerare ausus esset fratrum pia pignora, et tamen illi invicem sibi æquales sunt. »

3. L. 19, C., *De nupt.*, V, 4.

4. L. 1, *C. Th.*, *De incest. nupt.*, III, 10.

5. Löning, *op. cit.*, p. 543. — C'est aussi ce qui ressort de Théophile (I, 10, 4) et de l'*Epitome* de Gaius, tit. IV, *De matr.*, § 6 (Hänel, p. 318).

6. C. LXI (Bruns, p. 158) : « De incestis conjunctionibus nihil prorsus veniæ reservamus, nisi cum adulterium separatione sanaverint; incestos vero nullo conjugii nomine deputandos, quos etiam designare funestum est, hos esse censendos : ... si quis consobrinæ se sociaverit, si quis relictæ vel filiæ avunculi misceatur aut patrui filiæ. »

7. C. XXX, identique au canon LXI du concile d'Agde.

mariages incestueux, défendent seulement le mariage avec la *filia avunculi* et la *consobrina*. Mais l'extension est faite expressément par le concile de Clermont de 535 [1], et elle est confirmée par la plupart des conciles gallicans qui, au VI^e^ siècle et au commencement du VII^e^, statuent sur la question des mariages entre parents [2]. Tous ces conciles procédaient de la même manière : ils ne posaient point de principe général pour déterminer le degré à partir duquel le mariage cessait d'être permis ; ils énuméraient, un à un, les parents qu'il était interdit d'épouser. D'ailleurs, la prohibition n'était pas appliquée avec une rigueur inflexible ; il fallait tenir compte de l'ignorance possible chez les illettrés, et surtout chez les personnes de race germanique [3].

Mais, bientôt, une autre conception se produisit, dont j'ai indiqué plus haut le principal point d'attache. C'est celle d'après laquelle le mariage devait être interdit aussi loin que s'étendait la parenté. Ce principe, dont on trouve déjà la trace certaine dans le concile de Tolède de l'année 527 ou 531 [4], fut législativement proclamé au concile de Rome de 721, sous le pontificat de Grégoire II. Après avoir prohibé nommément divers mariages entre parents, et, en dernier lieu, le mariage entre *consobrini* (c. VIII), le concile termine par cette *clausula generalis*, (c. IX) : *Si quis de propria cognatione vel quam cognatus habuit, duxerit in uxorem, anathema sit, et responde-*

1. *Concil. Arvern.*, I (Bruns, p. 189), c. XII : « Si quis... *consobrinam sobrinamve* vel relictam patrui atque avunculi carnalis contagii crediderit consortio violandam... apostolicæ constitutionis sententia feriatur. »

2. Voyez le relevé dans Freisen, *op. cit.*, p. 377 et suiv. ; Löning, II, p. 548.

3. Troisième concile d'Orléans (a. 538), c. X (Bruns, p. 194) : « Illud etiam adjiciendum esse credidimus ut in episcopi discussione consistat de his qui in civitate sua ac territorio consistunt, et tali sunt ordine sociati, utrum ignoranter ad illicita conjugia venerint, an per contumaciam quæ sunt interdicta præsumpserint, quia sicut his qui per ignorantiam lapsi sunt succurritur, ita illis quibus prius Patrum statuta in notitiam venerunt, quique etiam contra sacerdotum interdicta in tali permixtione versantur, priorum canonum in omnibus statuta serventur. »

4. C. V (Bruns, p. 209).

runt omnes tertio : anathema sit[1]. Le pape Grégoire II, en 726 parle dans les mêmes termes à saint Boniface[2]. Mais cette doctrine soulevait nécessairement une question : Y avait-il une limite légale à la parenté, ou s'étendait-elle indéfiniment, sa reconnaissance présentant alors une simple difficulté de fait?

Le droit romain, au milieu duquel vivait l'Église, fournissait une solution simple, et qui, à certains égards, devait être décisive. Dans le droit antéjustinianéen, la *cognatio*, la parenté résultant des liens du sang, avait été restreinte au septième degré de computation[3], en ce sens que, jusqu'à ce degré seulement, chacun des parents était désigné par un nom particulier; et les parents appelés à la *bonorum possessio unde cognati* par le préteur étaient tous compris dans les six premiers degrés, sauf deux personnes appartenant au septième degré[4]. Les jurisconsultes, en exposant les *stemmata cognationum*, constataient parfois que le préteur s'était arrêté là, parce que, pratiquement, la succession ne se conçoit pas au delà. C'est ce qu'on trouve dans un passage des *Sentences* de Paul[5], et *l'Inter-*

1. Labbe, *Concilia*, tome V, p. 1457.

2. Jaffé, *Monum. Mogunt.*, p. 89 : « Igitur in primis legebatur ut quota progenie propinquorum matrimonio copuletur. Dicimus quod oportuerat quidem quamdiu se agnoscunt affinitate propinquos, ad hujus copulæ non accedere societatem. » — Cette formule est déjà donnée par le c. XVI des 23 *sententiæ* qui furent rédigées en Gaule au VIe siècle, et elle fut adjointe, on ne sait comment, au c. LXI du concile d'Agde et au XXXe Canon d'Epaon. Voyez, sur ce point, Maassen, *Geschichte der Quellen*, I, p. 202; — Scherer, *Ueber das Eherecht bei Benedikt Levita*, p. 26, note 2; — Freisen, *op. cit.*, p. 377.

3. La computation du droit romain en ligne collatérale consiste, on le sait, à remonter de l'un des collatéraux à l'auteur commun, pour redescendre ensuite de ce dernier à l'autre collatéral, et à compter autant de degrés qu'on parcourt de générations dans cette marche. Pratiquement, cela revient à dire que l'on doit compter autant de degrés que l'on trouvera de personnes, moins une, en remontant d'abord, puis en redescendant; la personne de l'auteur commun n'est pas comptée.

4. L. 1, § 3, *D, Unde cognati*, XXXVIII, 8 : « Hæc autem bonorum possessio, quæ in hac parte edicti datur, cognatorum gradus sex complectitur, et ex septimo duas personas, sobrino et sobrina natum et natam. »

5. *Sent., IV*, 11, 8 : « Successionis idcirco gradus septem constituti sunt, quia ulterius per rerum naturam nec nomina inveniri nec vita succedentibus prorogari potest. »

prelatio wisigothique renchérissait encore sur cette idée en lui donnant une portée générale, non limitée à l'*edictum successorium* [1]. De ces textes, les ecclésiastiques tirèrent cette conséquence que, passé le septième degré de computation romaine, la parenté cessait de produire aucun effet légal, et, par suite, ils déclarèrent que, jusque-là seulement, le mariage était prohibé entre parents. Voilà comment s'introduisit dans le droit canonique cette règle du septième degré, dont la portée devait changer plus tard, mais dont la fixation se dégage ainsi très nettement. Sans doute, le point de départ n'était pas exact : ni dans le droit antérieur à Justinien [2], ni dans le droit de Justinien [3], la parenté plus éloignée n'était privée de tout effet au point de vue successoral. Mais la méprise était assez naturelle, et la règle se fit aisément recevoir. Elle est nettement formulée dans un certain nombre de textes, dont plusieurs sont apocryphes, il est vrai, mais qui n'en sont pas moins probants ; car cette règle fut le produit de la coutume et de la doctrine, plutôt que de la législation [4]. C'est le système qu'au VII^e^ siècle on trouve inscrit dans la *lex Wisigothorum* avec l'approbation et sous l'influence de l'Église. La *lex* reproduit d'abord l'expo-

1. « In his septem gradibus propinquitatum nomina continentur, ultra quos nec affinitas invenıri, nec successio potest amplius propagari. »

2. La parenté à un degré quelconque ouvrait la succession à titre d'*agnat*. C'est ce que feront bien ressortir les canonistes du XI^e^ siècle, répondant aux légistes ; c. II, C. XXXV, qu. 5.

3. La *Novelle* 118, c. III, ouvre indéfiniment la succession *ab intestat* aux *cognati*.

4. C. I, C. XXXV, qu. 2 : « De affinitate consanguinitatis per gradus cognationis placuit usque ad septimam generationem observare. Nam et hæreditas rerum, per legales instrumentorum diffinitiones sancita, usque ad septimum gradum protendit hæredum successionem. » — Ce texte, dans Gratien, est attribué au pape Grégoire et au concile de Meaux ; il n'est ni de l'un ni de l'autre. — C. II, *ibid.* : « Conjunctiones consanguineorum fieri prohibete... Eos autem consanguineos dicimus quos divinæ et imperatorum ac Romanorum atque Græcorum leges consanguineos appellant atque in hæreditatem suscipiunt. » C'est une décrétale pseudo-isidorienne, attribuée au pape Calixte. — C. VII, *ibid.* : « Nullum in utroque sexu permittimus ex propinquitate sui sanguinis vel uxoris usque ad septimum generis gradum uxorem ducere, vel incesti macula copulari. » — C'est un résumé du c. X du troisième concile d'Orléans de 538.

sition des sept degrés de *cognatio* d'après les *Sentences* de Paul [1], puis elle en fait l'application aux prohibitions de mariage. Cependant, elle n'étend pas celles-ci jusqu'au septième degré et les limite au sixième [2]. Ce n'est point la seule fois que nous verrons les textes canoniques s'arrêter ainsi de parti pris au sixième degré et laisser de côté le septième, en ce qui concerne les prohibitions de mariage. Le même phénomène se reproduira périodiquement avec une persistance singulière, et alors que l'Eglise aura changé son mode de computation; il est intéressant de le voir se produire alors qu'elle suivait encore la computation du droit romain. Peut-être eut-il alors pour cause ce fait, que l'*edictum successorium*, appelant seulement à la *bonorum possessio* deux parents du septième degré, alors que les autres étaient laissés de côté, on avait pris l'habitude de considérer ce septième degré comme presque totalement en dehors de la parenté légale [3]. Cette conception de la *lex Wisigothorum* est aussi celle d'Isidore de Séville [4]. Ajoutons que la *lex* applique son système aussi bien au mariage des juifs qu'à celui des chrétiens [5].

Le droit canonique en serait vraisemblablement resté là, et n'aurait pas étendu plus loin la prohibition, si l'Église n'avait jamais été en contact qu'avec des populations de race et de civilisation romaines. Ce qui permet de le supposer, c'est que l'Église orientale, qui fut toujours dominée par le droit byzantin, c'est à dire romain, n'a pas poussé la prohibition de ma-

1. L. IV, tit. I, *De origine naturali.*

2. *Lex. Wisig.*, III, 5, 1 : « Ita ut ad sextum generis gradum nulli liceat sanguinis propinquitatem libidinose fœdare vel in conjugio appetere. »

3. Cela traduisait d'ailleurs exactement les règles posées par de nombreux conciles du VI^e^ siècle, qui, énumérant limitativement les unions prohibées, s'étaient arrêtés au mariage entre *sobrini* et *sobrinæ*.

4. C, I, C. XXXV, qu. 4.

5. *Lex. Wisig.*, XII, 2, 6; XII, 3, 8 : « Nulli judæorum in utroque sexu permittimus ex propinquitate sui sanguinis vel uxoris suæ, atque etiam virorum, juxta legem quæ in christianis est lata usque ad sextum generis gradum connubia ducere vel incesti maculam operare. » On remarquera l'identité des termes employés ici et dans le c. VII, C. XXXV, qu. 2; voyez ci-dessus, p. 342, note 4.

riage au delà du septième degré de parenté d'après la computation civile, et encore n'arriva-t-elle jusque-là que tardivement et péniblement [1].

Mais, en Occident, il n'en fut pas ainsi. Là, une grande partie des fidèles appartenaient à des races que la civilisation romaine n'avait pas touchées ou n'avait qu'effleurées, à la race germanique particulièrement. Ces hommes avaient apporté avec eux et gardé leur coutumes, qui, dans une large mesure, se substituèrent partout et pour tous au droit romain. Or, ils avaient, dans le règlement des successions, une méthode pour calculer la parenté, très différente de celle des Romains.

Pour ne prendre que les peuplades germaniques établies dans l'empire d'Occident [2], et bien que la pleine lumière ne soit pas encore faite sur leur système généalogique et successoral [3], on peut tenir pour certain qu'elles comptaient par générations la parenté directe et collatérale, attribuant le même degré de parenté à chacun de ceux qui étaient séparés de l'auteur commun par le même nombre de générations, qu'il s'agît d'ailleurs d'une parenté en ligne directe ou en collatérale [4]. Pour faciliter ces calculs, la pratique populaire se servait d'un signe sensible. Comme les hommes primitifs ont pris pour base de leurs calculs rudimentaires les doigts de la main, les peuplades germaniques, dans le calcul de la parenté, ont pris pour point de repère les articulations de la partie supérieure du corps humain. A chaque articulation correspondait un degré de parenté, et c'est là ce que désignent les *Leges*, lorsqu'elles comptent par *genu*, ou *geniculum*. La tête avec le cou représentait l'auteur commun; les épaules figuraient ceux qui étaient issus de lui, ses enfants, frères

1. Zhishman, *op. cit.*, p. 220 et suiv.

2. Sur les anciennes coutumes irlandaises, voyez Dareste : *Études d'histoire du droit*, p. 371, suiv.

3. Sur ce point, voir : von Amira, *Erbenfolge und Verwandtschafts-Gliederung nach den alt-nieder deutschen Rechten.* — Heusler, *Institutionen des deutschen Rechts*, II, p. 586 et suiv. — Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, p. 81 et suiv.

4. Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, II, p. 555.

entre eux, formant le premier degré, parce qu'ils représentaient la première génération ; on passait ensuite aux coudes représentant la génération suivante et le second degré, puis aux poignets, puis, successivement, à chacune des articulations d'un des doigts de la main autres que le pouce. Là se terminait la parenté [1]. La tradition de ce mode de calcul se retrouve encore très nette au XI[e] siècle dans le traité de Petrus Damiani, *De gradibus parentelæ* [2].

Ce mode de calcul étendait considérablement la portée de la parenté par rapport au système romain, puisque, pour calculer la parenté collatérale, on se contentait de remonter du parent héritier présomptif jusqu'à l'auteur commun, sans redescendre ensuite de ce dernier au *de cujus*. A chaque collatéral était assigné un degré beaucoup plus proche que celui que lui attribuait la computation romaine, et, malgré cela, les coutumes germaniques reconnaissaient à la parenté une valeur légale pendant un nombre considérable de générations. Sur ce dernier point, cependant, les diverses *Leges* ne concordent pas exactement. Tantôt la parenté est admise comme ouvrant la succession jusqu'à la septième génération [3] ; ailleurs elle est limitée à la sixième [4] ; ailleurs enfin elle n'est reconnue que jusqu'à la cinquième [5]. On a cherché à concilier ces données

1. Heusler, *Institutionen*, II, p. 586 et suiv.

2. C. II (Migne, *Patrologie lat.*, t. CXLV) : « Unde mos inolevit ut sub figura humani corporis illa consanguinitatis descriptio pingeretur. Sicut enim corpus hominis sex infra totidemque supra, qui et ipsi dicuntur ex latere, articulis constat, unde et sexus dicitur qui in medio est quasi sextus, quod nimirum a secundis manuum sive pedum digitis facile est inveniri, ita nimirum et illa successionis humanæ figura senis utique superius et inferius atque in his qui ex latere veniunt gradibus terminatur, quanquam ad propensioris cautelæ gratiam et septima his sit generatio consequenter annumerata. »

3. *Edict. Rot.*, 153 : « Omnis parentela usque in septimum genuculum numeretur ut parens parenti per gradum et parentelam hæres succedat. »

4. *Salic.*, XLIV, 9, 10 : « Usque ad sextum genuculum si hæreditatem illius mariti defuncti non accipiat, ille reipus illus accipiat. Jam post sextum genuculum si non fuerint, in fisco reipus... colligatur. »

5. *Rib.*, LVI, 3 : « Deinceps usque quinto genuculo qui proximus fuerat in hæreditatem succedat. » *Lex. Angl. et Werin.* 34 : « Usque ad quintam generationem paterna generatio succedat. »

diverses, en disant qu'elles contiennent un même résultat obtenu par des modes de calcul différents. Il est certain que le mode de computation par *genicula*, décrit plus haut, conduisait à admettre dans la parenté six générations successives, ni plus ni moins, issues du même auteur : c'est ce que reconnaît Damiani dans le passage précédemment cité. Mais il est possible que les *Leges* qui admettent seulement cinq générations n'aient commencé à les compter qu'à partir des cousins germains, considérant les frères comme ne formant qu'un même tout avec le père, tandis que celles qui en admettent six, auraient commencé à les compter à partir des frères. Nous trouverons, dans notre matière, des applications de ces deux systèmes parallèles persistant jusqu'au XII[e] siècle. Peut-être aussi ceux qui admettaient sept générations comptaient-ils l'auteur commun pour un degré, ou ajoutaient-ils une septième génération, pour être certains, comme dit Damiani, de ne rien oublier[1].

L'Église devait nécessairement tenir compte de ces systèmes et de ces façons de calculer la parenté. Elle fit plus ; elle les adopta pour son propre compte, par la simple raison que cela devint la méthode usuelle et populaire[2], et se mit aussi à compter par générations. Quand adopta-t-elle cet usage? Cela est difficile à déterminer. Le calcul par générations apparaît bien dans deux pièces attribuées au pape Grégoire I[er]; mais elles sont très probablement apocryphes[3]. C'est, je crois, la computation romaine qui est suivie dans le *Pœnitentiale*

1. Sur la question, voyez Heusler, *Institutionen*, II, p. 591.

2. Au XI[e] siècle, Alexandre II constate que la computation canonique est la *computatio vulgaris*; c. II, C. XXXV, qu. 5 : « Nam in septem gradibus, si canonice *et usualiter* computentur, omnia propinquitatum nomina continentur. » — Bernard Pap., *Summa*, p. 166 : « Canonicam et *vulgarem* graduum computationem ponamus. »

3. La première forme le c. III. C. XXXV, qu. 5 ; voyez la note 131 dans l'édition de Friedberg. La seconde est la célèbre lettre de Grégoire à Augustin, évêque des Angles, c. XX, C. XXXV, qu. 2 et 3. Ce texte, où l'on trouve cette affirmation singulière, que, d'après une loi romaine, le mariage était permis entre frère et sœur, avait pour but de prohiber les unions entre cousins germains. Les auteurs du VIII[e] siècle lui firent dire en conséquence que le

Theodori et dans les *libri pœnitentiales*, qui le copient[1]. Mais, au VIII[e] siècle, l'Église compte certainement par générations à la manière germanique.

Ce ne fut pas là une simple question de langage ; il devait en résulter une extension considérable des prohibitions de mariage fondées sur la parenté. Cependant, l'Église se contenta d'abord de transposer dans cette computation les résultats qu'elle avait acquis au VII[e] siècle, en calculant d'après la computation romaine ; c'est ce que montrent clairement les documents qui se rapportent à la monarchie franque. D'après ces résultats, nous le savons, le mariage était prohibé jusques et y compris le septième degré de computation civile[2]. Le Capitulaire de l'année 755 procède encore par voie d'énumération pour appliquer cette règle[3], mais les synodes de Compiègne et de Verberie comptent par générations, et voici

mariage y était permis à partir de la *tertia generatio*. Voyez, Beda : *Historia ecclesiastica*, l. I[er], c. XXVII ; — Saint Boniface à Nothelmus, évêque de Canterbury (Jaffé, *Mon. Mogunt.*, p. 96). Mais, quelle fut la rédaction originale, c'est ce qu'il serait difficile de préciser. Gratien donne une rédaction, dans laquelle il y a discordance entre la question posée et la solution fournie, puisqu'il y est dit : « Unde necesse est ut *quarta vel quinta generatio* fidelium licenter sibi jungantur. » C'est une rédaction postérieure à la précédente, et qui a suivi les progrès de la prohibition de mariage reposant sur la parenté. Cf. Freisen, *op. cit.*, p. 413.

1. *Pœnit. Theod.* (édit. Wasserschleben), II, 12, § 25 : « In tertia propinquitate carnis licet nubere secundum Græcos, sicut in lege scriptum est ; in quinta secundum Romanos ; tamen in quarta non solvunt postquam factum fuerit. Ergo, in quinta generatione conjungantur, quarta si inventi fuerint non separentur, tertia separentur. » Il faut lire, je crois : « in *quarta* propinquitate carnis licet nubere secundum Græcos. » Cf. *Dacher.*, 157 : « In generatione tertia secundum Græcos *vel quarta* licet nubere. » — *Gregor.*, 78 : « Secundum Græcos in *quarta* propinquitate carnis licet nubere. » La différence signalée entre les Grecs et les Romains quant à la *quarta propinquitas*, c'est tout simplement le mariage entre cousins germains redevenu licite en Orient par suite de la constitution d'Arcadius, et encore prohibé en Occident par la constitution d'Honorius ; voyez ci-dessus, p. 339. Le *Pœnitentiale Theodori* suivait donc la computation romaine, et reproduisait seulement les prohibitions du droit romain quant au mariage entre parents. — *Secus*, Freisen, *op. cit.*, p. 408.

2. Covarruvias, *Opera*, I, 165.

3. *Pippini regis Capitulare*, c. 1, (Boret., p. 31) : « Si homo incestum commiserit de istis causis..., aut cum fratris filia, aut nepta, aut cum consobrina atque subrina, aut cum amita vel matertera. »

la solution qu'ils donnent. Ils déclarent le mariage illicite et nul dans les trois premières générations, ce qui, en collatérale, conduisait jusqu'au sixième degré de la computation romaine. Ils le déclarent, au contraire, licite à la cinquième génération, ce qui, en collatérale, correspond aux neuvième et dixième degrés de computation romaine. Enfin, à la quatrième génération, qui répond aux septième et huitième degrés du droit romain, ils déclarent qu'il y a un empêchement prohibitif, mais non dirimant[1]. Là, en effet, il y avait difficulté : le huitième degré de computation romaine avait été écarté jusque là de la prohibition ecclésiastique, et beaucoup, nous le savons, n'y comprenaient pas même le septième. C'était d'ailleurs, en substance, la règle qu'avait posée le pape Grégoire II, interrogé par saint Boniface sur la discipline qui devait être appliquée aux Germains. Mais le pape ne présentait cela que comme une concession faite à des barbares nouvellement convertis, admettant en principe une prohibition absolue des mariages entre parents[2].

On ne devait pas en rester là en effet. Au lieu de cette transposition exacte, on devait purement et simplement transporter dans le système de computation germanique l'axiome déjà bien établi, que le mariage était interdit jusqu'au septième degré de parenté. Mais cette règle, détachée du système romain, pour lequel elle avait été formulée, trouvait, dans ce nouveau milieu, sa portée doublée. Le septième degré de la computation germano-canonique correspond en effet, en colla-

1 *Decret. Compend.*, a. 757, c. I, II (Boret, p. 37) : « Si in quarta progenie fuerunt conjuncti non separamus. In tertia vero si reperti fuerint separentur. » — *Decret. Vermer.*, c. I, (p. 40) : « In tertio genuclum séparantur et post penitentiam actam, si ita voluerint, licentiam habeant se aliis conjungere. In quarta autem conjunctione si inventi fuerint eos non separamus; attamen si factum non fuerit nullam facultatem conjungendi in quarta generatione damus. »

2. Jaffé, *Mon. Mogunt.*, p. 89 : « Dicimus quod oportuerat quidem quamdiu se agnoscunt affinitate propinquos ad hujus copulæ non accedere societatem; sed quia temperantia magis et præsertim in tam barbaram gentem placet plusquam districtionis censura, concedendum est ut post quartam generationem jungantur. »

térale, aux treizième et quatorzième degrés de la computation romaine.

Cela se fit tout naturellement, plutôt par la puissance propre aux formules que par une réforme voulue et suivie. Cette transformation s'accomplit au cours du IXe siècle. Elle a son expression très nette dans Jonas d'Orléans [1] et dans Benedictus Levita [2]. Cela se fit admettre d'autant plus facilement que les coutumes germaniques ouvraient la succession aux parents jusqu'à la sixième génération tout au moins, et l'on s'était habitué à voir marcher du même pas la vocation successorale et la prohibition du mariage. Cela ne veut pas dire, cependant, que l'on passa sans résistance et sans transition de la prohibition du quatrième degré à la prohibition du septième. Rabanus Maurus, dans une lettre, présente cette prohibition renforcée plutôt par voie de conseil que par voie d'autorité [3]. Le concile de Mayence de l'année 813 (c. LIV) défendait la

1. *De institut. laicali*, II, 8 (Migne, t. CVI. p, 184) : « Auctoritate quippe sanctæ Dei Ecclesiæ... et mundanæ legis censura, nec non et ipsius naturæ honestissimo ordine perdocetur propinquitatis conjugia usque in septimum gradum differenda; et tunc (ut idem beatus Augustinus in libro *De civitate Dei* dicit) ne ipsa propinquitas longius abeat et esse desistat, hanc matrimonii vinculo rursus colligari et quodammodo fugientem revocari. » M. Scherer, *Ueber das Eherecht bei Benedikt Levita*, p. 45, fait remarquer que Jonas n'établit ce principe sur aucune loi canonique ou séculière : « Er führt dafür weder ein weltliche noch kirchliche Satzung, denn die Berufung auf die römische Synode von 721 hat nur die Zweck auf das dort gedroht anathem aufmerksam zu machen. »

2. Benedict. Levit., VI, 130 : « Christiani ex propinquitate sui sanguinis usque ad septimum gradum connubia ne ducant. » — VI, 80 : « Progeniem suam unumquemque usque ad septimam observare decernimus generationem, et quamdiu se agnoscunt affinitate propinquos ad hujus copulæ non accedant societatem. » = C. XVI, C. XXXV, qu. 5; — III, 432 : « Nullus fidelium usque affinitatis lineam, id est usque ad septimam progeniem, consanguineam ducat uxorem. » Il est à remarquer que pseudo-Isidore, qui contient aussi, sous le nom du pape Grégoire, la prohibition du septième degré (Hinschius, *Decretales pseudo-isidorianæ*, p. 717-753), renvoie dans un autre passage aux dispositions des lois romaines sur la parenté; voyez ci-dessus page 342, note 4.

3. *De consanguineorum nuptiis tractatus* (Migne, *Patrol. lat.*, t. X, p. 194) : « Si quis voluerit se continere usque ad quintam, vel sextam vel etiam septimam generationem, non prohibendus est sed magis hortandus, quia quanto longior est a discrimine tanto securior erit de internecione. » On voit, d'ailleurs, que

quarta generatio, et l'élevait à la qualité d'empêchement dirimant; Benedictus Levita, en reproduisant ce texte, ajoute *quinta*, *sextaque* [1].

Mais cette règle devait triompher, bien que deux séries de textes en présentassent en même temps deux autres. Les premiers, sans fixer de limite, déclaraient que, tant que la parenté pouvait se reconnaître entre deux personnes, le mariage était impossible entre elles, sans déterminer précisément la règle par degrés [2]. Les seconds déclaraient que la prohibition ne s'étendait que jusqu'au sixième degré [3]. Mais on expliqua les premiers en établissant, comme une présomption irréfragable, que, passé le septième degré, la parenté était épuisée et ne pouvait plus se reconnaître [4]. On entendit les seconds en les rapportant à un mode particulier de computation, qui donnait au fond le même résultat, et dont j'ai indiqué précédemment l'antiquité. Certains, en effet, commençaient le calcul des degrés, non pas à partir des frères qu'ils considéraient comme faisant partie du tronc, mais seulement à partir des cousins germains, qu'ils plaçaient ainsi au premier degré. Pour ceux-là, le sixième degré devait naturellement terminer

pour l'auteur, la doctrine n'est pas encore bien arrêtée; il ajoute en effet : « Ego quoque, quia ex meo aliquid noviter non ausus sum proferre, majorum scripta vel dicta, secundum id quod inveni, simpliciter posui, non præjudicans alteri melius intelligenti. »

1. Bened. Lev., V, 166; = c. XXI, C. XXXV, qu. 2.

2. Concile de Worms, de 868; = c. XVIII, C. XXXV, qu. 2. — C'est aussi la doctrine que son confesseur avait enseignée à ce Stefanus sur le mariage duquel Hincmar a composé un mémoire. Hincmar, *Opera*, édit. Sirmond, II, p. 648: « Ad confessorem meum perrexi, et consilium ejus quæsivi... et audieram quod a quarto genu et in reliquum pertinentes sibi copulari non valerent... Qui ostendit mihi librum, quem, ut spero, canones appellavit et legit coram me, quoniam quamdiu potest adfinitatis propinquitas computari, mihi nec cuiquam christano cum cognata sua... salubriter liceret conjungi. »

3. C. XVIII, C. XXXV, qu 5; cf. c. VII, XVI, XIX, *ibidem*; dans ces derniers textes, à raison des termes *usque ad septimam generationem*, on pouvait soutenir que la prohibition ne comprenait pas le septième degré.

4. C. XVII, C. XXXV, qu. 2 (Nicolas II); — C. II, C.XXXV, qu. 5 (Alexandre II) : « Ultra quos (septem gradus) nec consanguinitas invenitur, nec nomina graduum reperiuntur, nec successio potest amplius prorogari nec memoriter ab aliquo generatio recordari. »

la parenté, car il répondait au septième degré de ceux qui commençaient le calcul à partir des frères[1], et l'on trouvait des raisons mystiques pour démontrer l'excellence du nombre six comme celle du nombre sept[2]. Cependant, des doutes subsistaient sur le point de savoir si, dans la computation par sept degrés, la prohibition ne s'arrêtait pas au sixième[3]. L'auteur des *Petri exceptiones* tranchait la difficulté par la même solution transactionnelle que les synodes de Compiègne et de Verberie avaient jadis appliquée au quatrième degré : il y voyait un empêchement prohibitif, mais non dirimant[4].

La computation canonique était en elle-même très simple. Elle consistait, en ligne collatérale, à remonter du parent *A*, dont on voulait connaître le degré de parenté par rapport à son parent *B*, jusqu'à l'auteur commun, et à s'en tenir là, en comptant autant de degrés que l'on avait parcouru de générations[5], ou, si l'on veut, autant de degrés que l'on avait trouvé de personnes, moins celle de l'auteur commun. Cela suffi-

1. C. II, C. XXXV, qu. 5 : « Sunt enim quidam qui non a fratribus, sed a filiis eorum, id est patruelibus vel consobrinis, genealogiam numerare incipiunt, dicentes filios fratrum in prima generatione computari debere, quia fratres quasi quidam truncus, ex quo cæteri ramusculi oriuntur, existunt. Sed nec ista graduum computatio, si bene intellecta fuerit, ab ea quam superius exposuimus, in sententia poterit esse diversa. Isti enim qui numerandi initium sumunt a filiis fratrum non progrediuntur ultra sextam generationem... Hæc itaque computatio... tantumdem valet, quantum ea quæ incipit a fratribus et computat usque ad septimam. » Cf. Pierre Lombard, *Sent.*, *lib. IV*, D. XL, *B*; Gratien, *Dictum* sur c. XXI, C. XXXV, qu. 5.

2. C. II, C. XXXV, qu. 5; Pierre Lombard, *Sent.*, *lib. IV*, D. XL, *C*.

3. Covarruvias, *Opera*, I, 166.

4. *Petri excep.* (éd. Savigny), I, 28 : « Inter laterales vero possunt (nuptiæ fieri) ultra septimum gradum, id est secundum canones intra septimam generationem... Unum tamen sapias quod si sunt ex una parte in sexto et ex alia in septimo vel ex utraque in septimo, si ante conjunctionem noscatur, nullo modo postea debent copulari; sin autem post matrimonium cognoscatur, non dissolvitur, sed potius legitimum durat matrimonium. » — Il est très vraisemblable, sinon certain, que ce texte, a été écrit avant la décrétale d'Alexandre II (c. II, C. XXXV, qu. 5) qui assimile clairement, quant à leurs effets, les sept degrés de parenté. Cela donne une date approximative, remontant presque au milieu du XIe siècle, pour le *Petrus*, ou, tout au moins, pour l'un des recueils à l'aide desquels il a été formé.

5. Les anciens canonistes disent plutôt, qu'une fois l'auteur commun trouvé,

sait très bien pour fixer la dévolution successorale, car cette méthode donnait sûrement le plus proche parent du défunt. Mais, appliquée au mariage, elle présentait un inconvénient, parce qu'il s'agissait de déterminer la parenté relative de deux personnes. Lorsque ces deux personnes étaient à la même distance de l'auteur commun, appartenant à la même génération, la difficulté n'apparaissait pas; la computation canonique avait simplement pour effet de dédoubler en quelque sorte la computation romaine, de compter un ou deux degrés lorsque celle-ci en comptait deux ou quatre, et ainsi de suite. Mais, lorsque les parents à marier étaient à inégale distance de l'auteur commun, la computation conduisait à assigner à chacun un degré différent; et, alors, la question devenait délicate lorsque l'un des parents appartenait à un degré exclu de la prohibition du mariage, tandis que l'autre y était encore compris d'après son degré. Deux solutions étaient possibles : ou s'attacher au degré du parent le plus rapproché de l'auteur commun et déclarer le mariage illicite et nul, ou, au contraire s'attacher au degré du parent le plus éloigné et déclarer le mariage licite et valable. La première solution semble d'abord l'avoir emporté : c'est celle qu'applique le *Decretum Compendiense* au VIII^e^ siècle [1]. C'est celle que soutient encore Damiani au XI^e^ siècle [2]. Mais c'est la solution contraire qui devait

ou redescend de génération en génération; mais cela revient au même. Par exemple : Bern. Pap., *Summa*, p. 166 : « Cum enim de aliquorum consanguinitate dubitatur, recurrendum est ad stipitem, vel saltem ad ejus filios, id est ad duos fratres vel sorores et dicendum : primus gradus fratres, secundus filii fratrum, tertius nepotes, quartus pronepotes, quintus abnepotes, sextus atnepotes, septimus trinepotes. »

1. C. III (Boretius, p. 37) : » Et eos qui unus in quarta alius in tertia sibi pertinent et conjuncti inveniuntur separamus. »

2. *De gradibus parentelæ*, c. IX : « Si vero impares sint, nimirum ut iste sexto invenietur gradu, illa septimo vel deinceps, ad præcedentem gradum, ut mihi videtur, est illico recurrendum, atque illius intuitu decernendum est in matrimonium tales convenire non posse. Licet enim quis limitem jam cognationis excedat, non expeditum videtur illam ducere quam adhuc propriæ lineæ mensura coarctat. Expleatur siquidem prius totum undique parentelæ corpus, et sic jam redeant fœdera nuptiarum. Verum si cui super hac sententia fortassis ambigitur, sedes apostolica consulatur. »

prévaloir. Elle fut, de bonne heure, proposée dans l'école, et c'était l'une des règles par l'exposé desquelles on faisait l'explication de l'*arbor consanguinitatis* [1]. On lui donnait une forme d'axiome : *Quoto quis gradu distat a stipite toto distat a quolibet descendentium* [2]. Il semble pourtant qu'elle ait été repoussée expressément par Célestin III[3] (1191-1198). Mais elle fut dans la suite approuvée par Grégoire IX [4], et l'on devait en rester là. On l'expliquait théoriquement par cette considération que les collatéraux n'ont entre eux d'autre lien que celui qu'ils tirent de leur commune origine; par suite, aucun parent d'une ligne ne peut avoir, par rapport à un parent quelconque de l'autre ligne, une parenté plus proche que celle qui l'unit à l'auteur commun. [5]

La computation canonique embrassant sept degrés s'était peu à peu établie; mais, bien que passée dans les mœurs, elle eut à subir une sérieuse attaque lors de la première renaissance des études de droit romain. Ce retour offensif se produisit en Italie, dans la seconde moitié du XI[e] siècle. Il nous est suffisamment connu par l'écrit de Pierre Damien, *De gradibus parentelæ*, qui eut pour but de combattre cette doctrine, et par la décrétale d'Alexandre II, qui la condamna [6]. C'est une consultation solennelle donnée aux Florentins par les

1. Bern. Pap., *Summa Decret.*, p. 167 : « Quod si qui inæqualiter descendunt a stipite, toto gradu inter se distabunt, quoto descendit ille qui plus descendit; verbi gratia descendit unus quarto gradu vel quinto vel sexto, alius septimo, distant ergo inter se septimo. Si ergo aliqua persona descendit a stipite octavo gradu, alia vero septimo vel sexto vel quinto vel quarto, possunt licite contrahere matrimonium inter se, cum distent inter se octavo gradu. »

2. C. III, X, *De consang.*, IV, 14.

3. C. III, X, *De consang.* : « Propter indulgentiam fel. mem. Adriani papæ, tunc Albanensis episcopi in Norvegiam legati, qua permissum est omnibus illius terræ in sexto gradu conjungi... Indulgentia sic intelligenda est ut uterque conjungendorum a stipite sexto gradu distet, cognatione secundum canones computata. Si vero alter sexto vel septimo gradu distet a stipite, alter vero secundo vel tertio gradu conjungi non debent. »

4. C. IX, X, *De consang.*, IV, 14.

5. Gonzalez Tellez, sur c. III, X, *De consang.*, p. 190.

6. C. II, C. XXXV, qu. 5.

maîtres de Ravenne qui fit naître le conflit [1]. Remontant, pour ainsi dire, le cours de l'évolution ci-dessus décrite, ces romanistes, déjà subtils, admettaient bien que le mariage fût prohibé jusqu'au septième degré de parenté, mais ils voulaient compter les degrés d'après la computation romaine. Damiani, dont Alexandre II reproduit les raisonnements, s'efforce d'établir l'antiquité et la légitimité de la computation canonique. Suffisamment instruit du droit romain, il repousse, avec d'assez bonnes raisons, la prétention des légistes, d'après laquelle, *jure romano*, la parenté cessait de produire tout effet, passé le septième degré de computation civile [2]. Il est moins heureux lorsqu'il cherche à justifier le bien fondé des deux systèmes, chacun dans sa sphère propre [3]. Quoi qu'il en soit, la décrétale d'Alexandre II arrêta, sur ce point, le flot montant du droit romain : la computation canonique fut définitivement établie. Yves de Chartres en fait l'application la plus correcte dans ses lettres, pour en tirer des empêchements de mariage. Deux fois il s'agit de personnes parentes au cinquième degré [4], deux fois de parents au sixième degré [5]; et dans l'un de ces cas, celui auquel Yves s'adresse pour lui demander d'empêcher la conclusion d'un mariage illicite et nul, c'est Henri, roi d'An-

1. Damiani, *op. cit.* (Migne, *Patrol. lat.*, CXLV, p. 191) : « Sapientes civitatis (Ravennæ) in unum convenientes, siscitantibus Florentinorum veredariis in commune rescripserint. »

2. C. II, C. XXXV, qu. 5 : « Cum in præcedentibus ipse firmaverit imperator decimo etiam gradu consanguineos sibi inter se posse succedere. Cum decimum nominat, non esse tantummodo sex luce clarius confitetur... Enimvero ubi secundum leges inter agnatos vel cognatos defertur successio, consanguineos esse non dubium est; neque enim succederent nisi inter se parentelæ vinculo tenerentur... Quod si in decimo gradu consanguinei sibi existunt, non est terminata consanguinitas (ut isti fatentur) in sexto tantummodo gradu. »

3. *Ibid.* : « In legibus distincte non numerantur gradus nisi usque ad sextum, in canonibus autem usque ad septimam distinguuntur generationem. Hac igitur de causa quia hereditates nequeunt deferri nisi de una ad alteram personam, ergo curavit secularis imperator in singulis personis præfigere gradus, quia vero nuptiæ sine duabus non valent fieri personis, ideo sacri canones duas in uno gradu constituere personas. »

4. *Ep. XLV*, p. 83; *Ep. CXXIX*, p. 230.

5. *Ep. CCXI*, p. 368; *Ep. CCLXI*, p. 458.

gleterre, dont il s'agit de marier la fille. Une autre fois, il s'emploie pour empêcher le mariage de Constance, fille du roi des Français, avec le comte de Troyes [1]. On sait d'ailleurs avec quelle énergie l'Église, au moyen âge, imposait aux grands du monde le respect de cette règle sévère.

Mais cette prohibition si étendue avait d'immenses inconvénients. Il était impossible qu'elle ne fût pas fréquemment violée, même de très bonne foi, à une époque surtout où, de génération en génération, les membres d'une même famille restaient au même lieu, et où les mariages se faisaient presque toujours entre familles voisines. La prohibition du septième degré était une menace perpétuelle contre la stabilité des mariages. Elle pouvait se révéler après coup, lorsque l'union avait duré pendant de longues années, et l'époux mécontent de son conjoint pouvait souvent, en fouillant dans le passé, découvrir une cause de nullité du mariage, qui remplaçait avantageusement le divorce interdit. Il y en a des exemples célèbres, parce qu'ils se rapportent à des rois ou à des princes ; mais, dans les plus humbles familles, le même fait pouvait se produire. Une réforme s'imposait. Elle fut opérée en 1215 par le quatrième concile de Latran, qui supprima trois degrés défendus, restreignant au quatrième degré la prohibition du mariage entre parents [2]. Le concile constate qu'il y avait à cela une urgente nécessité et une évidente utilité ; mais, cependant, l'Église ne se décida pas à cette réforme sans hésitation et sans regrets. C'était condamner des principes pour le triomphe desquels elle avait lutté, longtemps parfois, en invoquant la loi naturelle ou la loi divine. Le concile se justifie en invoquant la différence des temps, en rappelant l'exemple du Christ qui modifia sur certains points les données de l'ancienne loi [3]. Quels que fussent les arguments invoqués jadis

1. *Ep. CLVIII*, p. 274.

2. C. VIII, X, *De consang.*, IV, 14 : « Prohibitio quoque copulæ conjugalis quartum consanguinitatis et affinitatis gradum de cætero non excedat; quoniam in ulterioribus gradibus non jam potest absque gravi dispendio hujusmodi prohibitio generaliter observari. »

3. C. VIII, X, *De consang.* : « Non debet reprehensibile judicari, si secun-

pour implanter la règle des sept degrés, celle-ci certainement appartenait à la pure *constitutio ecclesiastica*, au droit humain, non au droit divin; elle n'était donc pas immuable [1]. On trouva d'ailleurs des raisons pour démontrer l'excellence mystique du nombre quatre, comme on en avait trouvé jadis pour établir celle du nombre sept [2].

Pour l'application de la prohibition du mariage entre parents, le droit canonique exigeait-il une parenté légitime? Non; on s'attachait aux liens du sang, et la parenté purement naturelle suffisait. Cependant, en ce qui concerne la parenté paternelle, cela semblait faire difficulté, d'après les principes du droit romain que suivait le droit canonique. En droit, le *spurius*, ou *vulgo conceptus*, n'avait pas de père, par suite pas de parents paternels. On ne s'arrêta pas à cette objection, qui, d'ailleurs, ne pouvait pas pleinement porter en droit canonique [3]. Le mariage était fondé sur le droit naturel, c'était donc la parenté naturelle qu'il fallait seule considérer : la filiation paternelle purement naturelle, ou même adultérine, et la parenté qui en découlait, était prise en considération, pourvu qu'elle pût être prouvée tant par la commune renommée que par l'aveu des époux; mais, si les époux niaient, d'après Hostiensis, il fallait, faute de preuves, laisser à leur conscience la décision [4].

dum varietatem temporum statuta quandoque varientur humana, præsertim cum urgens necessitas vel evidens utilitas id exposcit, quoniam ipse Deus ex his quæ in Veteri Testamento statuerat, nonnulla mutavit in novo. »

1. Voyez ce que dit Panormitanus de la mutabilité des lois, sur c. VIII, X, *De consang.*, n° 2 : « Et per hoc dicunt quidam, volentes detrahere scientiæ juris, quod non est proprie scientia, quia scientia est de incorruptibilibus et impossibilibus aliter se habere... Sed scientia juris mutatur quotidie. Sed dicendum est, quod licet mutentur constitutiones particulares, non tamen mutatur ipsum dictamen seu causa finalis juris. Nam sæpe lex proditur ut appetitus noxius sub juris regula limitetur; finis ergo juris est invariabilis sed constitutiones mutantur et deserviunt fini. »

2. C. VIII, X, *De cons.*, IV, 14. — Cf. Covarruvias, *Opera*, I, 165.

3. Voyez ci-après, *Des effets du mariage quant aux enfants*, deuxième partie, titre III, ch. I, section 2.

4. Hostiensis, *Summa*, p. 372 : « Cum talis (spurius) filius patrem non habeat, non habet consanguineos ex parte patris, quem non habet nec probare

II

La *cognatio legalis* est celle qui dérive de l'adoption. Ici, nous avons affaire à une création du droit romain, que le droit canonique fit sienne dans une certaine mesure. On peut même affirmer que cette prise en considération de la parenté adoptive, dans la théorie canonique, ne se produisit que lors de la renaissance des études de droit romain au moyen âge. Un texte du IXe siècle, la célèbre réponse de Nicolas Ier *ad consulta Bulgarorum*[1], mentionne bien cet effet de l'adoption, mais simplement par une référence à la législation séculière, et pour justifier, par cet exemple, la prohibition de mariage introduite par l'Église à raison de la *cognatio spiritualis*[2]. Au décret de Gratien on ne trouve sur ce sujet, outre la lettre de Nicolas Ier, qu'un passage du *Digeste*, et une décrétale de Pascal II (1099-1118) qui renvoie aux lois romaines[3]. La *Compilatio prima* et les décrétales de Grégoire IX ont chacune un titre *de cognatione legali*[4]; mais il ne contient, de part et d'autre, qu'un passage de la lettre de Nicolas Ier.

En droit romain, l'adoption créait la parenté civile ou agnation : l'adopté devenait l'agnat de tous les agnats de son père adoptif[5]. Il est vrai que cette parenté civile créée par l'adoption

potest. Dico præcedentia locum habere quoad ea quæ proveniunt ex jure civili; sed cum matrimonium sit de jure naturali, etiam inter tales dico matrimonium prohibendum, cum pater utrumque naturaliter genuerit... Hoc dico si gradus probari possit, tum per famam, tum per confessionem conjugum, scilicet quia uxoratus, vivente legitima uxore, secundæ adhæsit de facto et expulit legitimam, et sic hæc mulier adultera in domo adulteri et morando cum eo peperit. Idem etiam si publica fama sit quod maritus filius sit prioris (mariti) sponsæ quamvis vulgo quæsitus. Si tamen conjuges confiteantur aliter, videntur relinquendi conscientiæ suæ, propter probationis defectum, saltem si dicantur esse in gradibus canonica institutione prohibitis non divina. »

1. C. I, C. XXX, qu. 3.
2. Voyez Freisen, *op. cit.*, p. 655.
3. C. IV et III, C. XXX, qu. 3.
4. L. IV, tit. XII.
5. *Inst. III*, 2, 2.

disparaissait par l'effet de l'émancipation ; mais, tant qu'elle durait, elle produisait aussi la *cognatio* entre ceux qu'elle unissait; et, cette dernière étant, dans une certaine mesure, un empêchement au mariage entre parents, la parenté adoptive empêchait le mariage dans la même mesure. Parfois même, le droit romain lui faisait produire, à ce point de vue, des effets qui lui survivaient. Ceux que la parenté adoptive avait mis dans les rapports respectifs d'ascendants et de descendants, ne pouvaient plus jamais contracter mariage ensemble, alors même que la parenté civile, qui les unissait, aurait préalablement disparu par l'effet d'une émancipation. En ligne collatérale, au contraire, la parenté adoptive n'était un obstacle au mariage qu'autant qu'elle durait; une émancipation, en la faisant cesser, rendait le mariage possible.

Le droit canonique fit entrer ces règles dans son système, et conféra, par là même, à la parenté adoptive la valeur d'un empêchement dirimant[1]. Celle-ci se présentait aux canonistes sous deux formes[2]. L'une était la parenté en ligne directe, *quasi ascendentium vel descendentium*; et ils la traitaient comme les jurisconsultes romains, y voyant entre l'ascendant adoptif et le descendant adoptif un empêchement perpétuel et dirimant, alors même que l'adoption avait cessé[3]. L'autre était la parenté collatérale, *alia quasi ex latere venientium*. Celle-là, les canonistes la considéraient comme ne créant qu'un empêchement temporaire, d'après la théorie romaine; l'empêchement disparaissait par suite de l'émancipation[4]. Mais elle soulevait un certain nombre de questions.

1. Panormit., sur la rubrique, X, *De cognat. leg.*, IV, 2 : « Et nota ex rubro juncto nigro quod lex civilis quandoque inducit impedimentum habile ad impediendum et dirimendum. Sed puto hoc procedere non ex dispositione juris civilis sed ex speciali approbatione Ecclesiæ. »

2. Ils en signalaient aussi une troisième, mais alors il s'agissait proprement d'alliance, non de parenté. Bern. Pap., *Summa*, p. 462 : « Tertia quæ legalis *affinitas* dici potest est inter me et uxorem filii mei adoptivi, similiter inter filium meum adoptivum et uxorem meam. »

3. Hostiensis, *Summa*, p. 371 : « Ascendentium et descendentium cognatio impedit matrimonium contrahendum et dirimit contractum, durante filiatione vel soluta per emancipationem vel alio modo. »

4. Hostiensis, *Summa*, p. 371 : « Collateralium vero cognatio impedit matri-

En premier lieu, le droit romain avait étendu l'empêchement de mariage produit par cette parenté jusqu'au troisième degré, comme celui produit par la parenté naturelle [1]. Quelle extension fallait-il lui donner en droit canonique? Les docteurs ne paraissent pas avoir énoncé sur ce point une règle précise. Mais Bernard de Pavie constate que le mariage est interdit entre mon enfant adoptif et mon enfant naturel, mon frère ou ma sœur [2]. Hostiensis déclare également que les personnes qui, par suite d'une adoption, sont devenues respectivement oncle et nièce, grand-oncle et petite-nièce ne peuvent contracter mariage ensemble [3]. C'était la reproduction de la règle romaine; mais, en suivant sa logique propre, le droit canonique aurait pu aller plus loin; il aurait pu décider que le mariage était interdit entre l'adopté et les agnats de l'adoptant jusqu'au septième degré de computation canonique. Peut-être quelques-uns le proposèrent-ils [4]; mais le développement se fit en sens contraire. Le mariage fut seulement interdit entre frères et sœurs naturels et adoptifs. Panormitanus, sans énoncer la règle, la suppose, car il n'examine pas d'autres hypothèses que celles-là. Au cours du XVI[e] siècle, elle sera nettement affirmée [5].

monium contrahendum et dirimit jam contractum, durante adoptione; sed, ea soluta, non impedit nec dirimit jam contractum. »

1. *Inst. I*, 10, 6.

2. *Summa decret.*, 162 : « Quasi ex latere est inter filium meum naturalem et filiam meam adoptivam, vel inter fratrem meum et filiam meam adoptivam. »

3. *Summa*, p. 371 : « Sic ergo frater legitimus et naturalis non potest contrahere cum sorore adoptata, certe nec patruus adoptivus cum nepte adoptiva vel pronepote. »

4. *Roberti Flamesburiensis, Summa de matrimonio*, édit. Schulte, 1868, XXI, § 18 : « Et est legalis (cognatio), quæ fit per adoptionem, quando aliquis adoptat alium in fratrem vel filium vel nepotem et sic usque ad VII gradus secundum aliquos. » — M. Freisen, *op. cit.*, p. 539 entend ce texte, comme si l'auteur croyait que l'adoptant pouvait déterminer la relation, le degré de parenté qui existerait par suite de l'adoption entre lui-même et l'adopté. Le sens que je lui attribue paraît plus vraisemblable qu'une bourde aussi grossière.

5. Gonzalez Tellez, sur c. un., X, *De cog. leg.*, IV, 12, p. 173 : « Est etiam *fraternitas* legalis inter adoptatum et filios adoptantis. » Cependant il dit un

Le mariage était interdit entre l'enfant légitime et naturel d'une part, et l'enfant adoptif d'autre part; mais, l'était-il aussi entre ce dernier et l'enfant illégitime de l'adoptant? On pouvait en douter; car, entre eux, manquait le lien qui unissait les premiers, la famille civile [1]. Ce fut cependant la solution contraire qui l'emporta, soit parce qu'on décidait que le fils illégitime ne pouvait pas contracter mariage avec la fille spirituelle de son père, qui était comme une fille adoptive, soit parce que l'enfant adoptif, *durante adoptione*, était assimilé à un enfant légitime[2]. On déclarait également le mariage interdit entre deux enfants adoptifs du même père ; mais on en avait douté, quoique cela fût bien conforme au droit romain [3].

Mais la question la plus grave, la question fondamentale que soulevait cette *fraternitas legalis* était de savoir si elle constituait un empêchement dirimant ou simplement prohibitif. De bonne heure, certains docteurs avaient soutenu qu'elle ne pouvait constituer un empêchement dirimant, parce que l'empêchement ici n'était pas perpétuel, pouvant disparaître par l'effet d'une émancipation [4]. Tel était l'avis de Durantis et de Johannes Andreæ. Ils considéraient comme illusoire d'annuler un ma-

peu plus loin : « Cum per adoptionem inter adoptivum filium et filios naturales adoptantis quæsita fraternitas sit, *aliave ex transverso cognatio*, ideo inter in eos nuptiæ consistere non possunt. »

1. Glose sur c. un., X, *De cog. leg.*, v° *Quamdiu* : « Sic etiam potest dici quod filius illegitimus potest copulari filiæ adoptivæ : quia illegitimus non est in potestate patris. »

2. Panormit., sur c. un., X, *De cog. leg.*, n° 7 : « Filius illegitimus non potest contrahere matrimonium cum filia spirituali patris sui, et idem sentiunt hic doctores respectu filiæ adoptivæ, ut quemadmodum filius illegitimus non potest contrahere cum filia carnali legitima, vel cum alia consanguinea, sic nec cum filia adoptiva. »

3. Glose citée : « Sed numquid filii adoptivi possunt contrahere inter se? Dici potest quod sic, quia non invenitur prohibitum. »

4. Glose sur c. un., X, *De cog. leg.*, v° *Quamdiu* : « Dicunt quidam quod non dissolvitur matrimonium, cum illud impedimentum sit temporale. » — Bern. Pap., *Summa de matr.*, p. 298 : « Non deerunt forte qui rationabiliter dicant hanc cognationem impedire matrimonium contrahendum sed non dirimere contractum : cur enim divideretur ante emancipationem factum quod post illam est ratum? Numquid emancipatio potest facere consensum legitimum? »

riage, qui, aussitôt après, au moyen d'une émancipation, pouvait être à nouveau valablement contracté [1]. Mais l'opinion contraire prit le dessus. Dès le début, Hugutio avait répondu d'une façon topique à l'objection principale : l'*impedimentum ligaminis* était certes un empêchement dirimant, et, cependant, d'un instant à l'autre, il pouvait cesser par la mort d'un des conjoints [2]. Ici aussi l'empêchement n'était pas nécessairement perpétuel, mais il pouvait l'être [3]. La *fraternitas legalis* restera un empêchement dirimant.

Telle est la théorie qu'avaient construite les canonistes. C'était simplement un fragment de la législation romaine qu'ils s'étaient approprié en le modifiant légèrement. Mais, par là même, ces règles étaient destinées à avoir peu d'applications pratiques chez les peuples dont le mariage était régi par le droit canonique. En effet, l'adoption que les canonistes avaient en vue, c'était seulement l'adoption du droit romain : or celle-ci ne se retrouve guère dans les coutumes du moyen âge, ni même dans les lois postérieures. Et le sentiment certain des canonistes anciens était de ne point tenir compte des adoptions de fait ou des pratiques coutumières qui, dans une certaine mesure, tenaient lieu de l'adoption [4].

Il y a plus : les canonistes avaient douté que, dans le droit romain, tel qu'il était sorti des réformes de Justinien, l'adop-

1. Panormit., sur c. un., X, *De cog. leg.*, n° 6 : « Licet Spe(culator) tenuerit primam opinionem, et videtur ibi sequi Jo(annes) An(dreæ) : fundamentum suum est quia, si matrimonium separetur, separatio esset frustatoria, cum facta dissolutione per emancipationem statim possit contrahere matrimonium. »

2. Glose sur c. un., X, *De cog. leg.*, v° *Quamdiu* : « Hu(gutio) dic t quod non est matrimonium nec obstat quod impedimentum sit temporale, et inducit simile : hodie non possum contrahere cum illa quæ habet virum, tamen cras potero, mortuo viro suo. Et hæc decretalis facit pro Hug. »

3. Panormit., *loc. cit.* : « Item satis est hoc impedimentum posse esse perpetuum, quia idem juris est de eo quod est perpetuum, quod de eo quod potest esse perpetuum. »

4. Panormit., *loc. cit.*, n° 3 : « Pone quod citra solemnitatem legalem aliquis coram vicinis seu honestis viris recipiat aliquem in filium. Numquid ex ista adoptione impediatur matrimonium, prout hic dicitur, et numquid iste filius acquirat jura filii legitime adoptati? Ho(stiensis) tenet quod non ; quod bene notabis, quoniam non servata forma corruit ex toto iste actus. »

tion pût toujours créer la *cognatio legalis*. On le sait, d'après le droit de Justinien, l'adoption qui est faite par une autre personne qu'un ascendant de l'adopté ne produit plus que des effets restreints, et les commentateurs l'ont appelée, pour cette raison, *adoptio minus plena* ou *imperfecta* : l'enfant adopté reste alors sous la puissance de son père naturel et ne passe pas sous celle de l'adoptant [1]. Les docteurs se demandaient si, dans ce cas, il y avait *cognatio legalis* et empêchement de mariage. Certains le niaient, et n'attribuaient ces effets qu'à l'*adrogatio* et à l'*adoptio perfecta* [2]. Cependant, on l'admettait dans l'opinion commune [3]. Mais la controverse ne s'éteignit point; elle dure encore de nos jours [4].

III

La *cognatio spiritualis* dérivait de la participation à certains sacrements. Ces sacrements étaient le baptême et la confirmation [5]. Le point de départ de cette création fut le baptême. Celui-ci fut considéré comme la source d'une parenté spéciale,

1. *Inst. I*, XI, 2.

2. Glose sur c. un., X, *De cogn. leg.*, v° *Quamdiu* : « Item posset dici quod filius adoptatus possit copulari filiæ adoptantis, cum adoptatus non transeat in potestatem adoptantis. »

3. Glose citée : « Alii dicunt quod adoptatus non potest copulari filiæ adoptantis : quia licet adoptatus non transeat in potestatem adoptantis, acquiruntur tamen ei quædam jura per adoptionem quæ dissolvuntur per emancipationem. Et hoc idem videtur per decretalem istam quæ indistincte loquitur de adoptione, non distinguendo inter arrogatum et adoptatum, et hoc impedimentum desinit per emancipationem alterutrius. »

4. Feije, *De impedimentis et dispensationibus matrimon.*, Lovanii, 1885, p. 201.

5. Bernard de Pavie semble indiquer trois sacrements comme pouvant produire cette parenté; *Summa*, p. 159 : « Sciendum est igitur quod secundum veritatem et consuetudinem tantum sunt tria sacramenta, quæ compaternitatem impedientem matrimonium inducunt, videlicet sacramentum christianitatis, et sacramentum baptismi, et sacramentum consecrationis ab episcopo factæ. » Mais le *sacramentum christianitatis*, dont il est ici question, n'est pas autre chose qu'une préparation au baptême, le *catechismus*. La plupart du temps il se confondra avec le baptême, ou, s'il est isolément considéré, son effet sera peu important, comme je le dirai plus loin.

parce qu'il donnait une nouvelle vie au baptisé, la vie chrétienne et spirituelle : et, par là même, cette parenté fut considérée comme non seulement égale, mais supérieure à la parenté naturelle. Une transition classique, dans la méthode exégétique des glossateurs et sommistes, consistait à faire observer que, dans les collections de Décrétales, on traitait en premier lieu de la parenté spirituelle, parce qu'elle était la plus digne [1]. La confirmation étant la consolidation et le complément du baptême, on lui attribua naturellement les mêmes effets.

Ce fut d'abord au parrain du baptisé que l'on songea, sans doute, pour le considérer comme le père spirituel de ce dernier [2]; le bas latin et les langues néo-latines ont conservé très nettement la trace de cette conception dans les mots *patrinus*, *filiolus*, et dans ceux qui en sont dérivés [3]. Mais on ne s'arrêta pas là. La parenté spirituelle, pour mieux imiter la parenté naturelle, se présenta aussi sous la forme d'une relation entre frères, *fraternitas*; et, enfin, de la combinaison de ces deux parentés en naquit une troisième, véritable monstre juridique, la *compaternitas*. Ce développement, qui avait débuté par une conception simple et presque populaire, se termine par des combinaisons compliquées et scolastiques. C'est que l'esprit théologique s'était emparé des prémisses, et, par une logique abstraite, tenace et subtile, il en avait fait sortir des conséquences extrêmes, sans se demander si elles étaient conformes à la raison. Pour reconnaître à cette parenté factice des effets juridiques dans la théorie du mariage, la doctrine eut d'ailleurs un point d'attache : ce fut, comme je l'ai dit, la théorie romaine de l'adoption. C'est des décisions romaines sur la parenté adoptive qu'argumente Nicolas Ier, lorsqu'il veut expliquer aux Bulgares pourquoi la *cognatio spiritualis* est un empêchement de mariage [4] : il compare et assimile l'acte du

1. Bern. Pap., *Summa decret.*, p. 157 : « Sed quia... constat quod spiritualis (cognatio) dignior est, sicut spiritus carne, prius de ipsa dicamus. »

2. Voyez Zhishman, p. 264, et le passage de Denys l'Aréopagite cité par lui.

3. Grégoire de Tours, *H. F.*, X, 28. — Cf. Löning, *op. cit.*, p. 427 et 563.

4. *Ad consulta Bulgarorum*, c. II (Migne, *Patrologie lat.*, t. CXIX, p. 979), reproduit en partie dans c. I, C. XXX, qu. 3.

parrain à une adoption contractée devant Dieu [1]. C'est lemême raisonnement que fait encore le pape Pascal II [2].

Je vais examiner sous sa triple forme la *cognatio spiritualis* dans son rapport avec le mariage; mais je ne m'occuperai que de celle qui est produite par le baptême; tout ce que j'en dirai s'applique aussi à celle produite par la confirmation.

A. *Paternitas.*

La première personne à laquelle on songea pour lui attribuer la qualité de père spirituel, fut, comme je l'ai dit, celle qui, suivant la coutume, avait présenté au baptême le catéchumène et répondu pour lui. On la désigne indifféremment par les termesde *tenens*, *elevans*, *suscipiens*, qui se rapportent aux différentes formes successives du baptême. Puis on donna aussi la même qualité de *parens spiritualis* à celui qui administrait le sacrement de baptême [3], et, par diverses figures, on s'efforça d'attribuer à ces deux personnes un rôle imitant la nature [4]. Mais ce fut surtout, pour la théorie du mariage, la paternité du *suscipiens* qui eut, pratiquemment, la plus grande importance.

1. « Ita diligere debet homo eum qui eum suscipit de sacro fonte, sicut patrem; quinimo quanto præstantior est spiritus carne, *quod illud spiritale est patrocinium et secundum Deum adoptio*, tanto magis spiritalis pater in omnibus est a spiritali filio diligendus... Longe congruentius filius patris me vel frater meus appellatur is quem divina gratia quam quem humana voluntas, ut filius ejus vel frater meus esset, elegit. »

2. C. IV, C. XXX, qu. 3.

3. Gratien, *Dictum* sur c. VII, C. XXX, qu. 1 : « Filia dicitur spiritualis non solum ejus qui accipit sed etiam ejus qui trinæ mersionis vocabulo eam sacro baptismate tingit... harum omnium flagitiosa conjunctio est et eadem pœna plectenda. » — Paucapalea, *Summa*, éd. Schulte, p. 122 : « Patrem habeo sacerdotem. Omnes autem quos vel quas sacerdos baptizat, ita filii ejus vel filiæ spirituales efficiuntur. »

4. Dans la *Somme* de saint Thomas (*tertia*, qu. LXVII, art. 7), le *baptizans* est comparé au père, le *suscipiens* à une *obstetrix* ou *nutrix*. Hostiensis (*Summa*, p. 366) compare l'un au père, l'autre à la mère : « Si ergo baptizans repræsentat patrem ab actu, suscipiens matrem a passione vel quasi, quia sustinet puerum, sacramentum autem loco carnalis copulæ succedit. »

C'est dans la loi séculière qu'apparaît tout d'abord la *paternitas spiritualis* comme un empêchement de mariage. Justinien défendit le mariage entre le parrain ou la marraine et la filleule ou le filleul[1]. Sans doute, la même règle s'introduisit peu après en Occident, car, au VIIIe siècle, elle est reproduite dans l'édit de Luitprand, qui connaît d'ailleurs la parenté spirituelle pleinement développée sous ses trois formes[2]. En 747, le pape Zacharie en ordonne le respect, dans une lettre au roi Pépin le Bref, aux évêques et aux grands de la monarchie franque[3]. On peut considérer, dès lors, le principe comme pleinement reçu. La portée en fut seulement élargie parl'interprétation et les usages.

La *filiatio spiritualis* existait non seulement entre le filleul et le parrain, mais encore entre le filleul et la femme du parrain, pourvu que celle-ci eût été *prius cognita*[4]. C'était là une conséquence du principe de l'*unitas carnis* déjà signalé[5], et qui produit des effets très importants dans cette matière de la parenté spirituelle. Le filleul ne pouvait, par suite, épouser la femme de son parrain devenue veuve[5].

En principe, l'Église voulait qu'il n'y eût, dans chaque baptême, qu'une seule personne, jouant le rôle de *suscipiens*[6]. Les canonistes justifiaient cela en disant qu'autant que possible

1. L. 26, C., *De nupt.*, V, 4 : « Ea videlicet persona omnimodo ad nuptias venire prohibenda, quam aliquis, sive alumna sit sive non, a sacrosancto suscepit baptismate, cum nihil aliud sic inducere potest paternam affectionem et justam nuptiarum prohibitionem, quam hujusmodi nexus, per quem, Deo mediante, animæ eorum copulatæ sunt. »

2. Liutp., 32 : « De his qui de illicito matrimonio nati sunt, id est de *matrinia*, aut filiastra vel cognata. » 34 : « Item hoc censemus atque præcipimus ut nullus præsumat commatrem suam ducere uxorem, sed nec filiam quam de sacro fonte levaverit; neque filius ejus præsumat filiam illius uxorem ducere, qui eum de fonte suscepit, quia spirituales germani esse noscuntur... Et filii qui de tali illicito matrimonio nascuntur heredes esse non debent... Ubi autem inventi fuerint qui suprascripta illicita conjugia contraxerint, de præsenti separentur. »

3. Jaffé, *Epistolæ pontificum*, 2e édit., no 2277. — Cf. Freisen, *op. cit.*, p. 512.

4. Pages 83 et suiv., 99 et suiv.

5. C. 1, VI, *De cogn. spir.*, IV, 3.

6. C. 61, *De consecr.*, D. IV.

la parenté spirituelle devait imiter la parenté naturelle; il était absurde d'admettre plusieurs pères et plusieurs mères [1]. Cependant, la pluralité des parrains n'était point impossible, quoique prohibée. C'était une mauvaise coutume, mais assez répandue déjà dans les temps anciens. Comme l'esprit populaire ne voyait la paternité naturelle qu'entre le *suscipiens* et le *baptizatus*, il voulait lui aussi imiter la nature; d'où l'usage de donner à la fois deux *patrini* à l'enfant baptisé, un homme et une femme, un père et une mère spirituels, comme il avait un père et une mère charnels [2]. Lorsqu'il en était ainsi, la *filiatio spiritualis* existait avec tous ses effets entre le *baptizatus* et chacun de ses parrains ou marraines [3].

Il pouvait se faire que quelqu'un tînt un enfant au baptême, non point en personne, mais par procureur. Cela était-il juridique, et entre quelles personnes naissait alors la parenté spirituelle? Des docteurs éminents soutenaient qu'ici la représentation était impossible. D'un côté, on faisait valoir l'assimilation de la *cognatio spiritualis* avec la *cognatio legalis*; or, l'adoption ne pouvait se faire par procureur; d'autre part, certains textes semblaient exiger l'intervention corporelle du parrain [4]. Dans cette opinion, la parenté spirituelle ne pouvait exister entre le baptisé et celui qui avait voulu devenir son parrain par représentation, car cette volonté était inefficace; mais on se demandait si le représentant n'était pas devenu parrain, et, par conséquent, *parens spiritualis* pour son propre compte. En sens inverse, on disait qu'en droit canonique la représentation est admise en principe, à moins qu'un texte

1. Panormit., sur la rubrique X, *De cogn. spir.* : « Hæc cognatio spiritualis imitatur naturalem seu carnalem cognationem, quantum potest. » — Hostiensis, *Summa*, p. 366 : « Singuli filioli singulos patrinos habere debent et non plures... Unicus debet esse baptizans et unicus suscipiens... Si ergo baptizans repræsentat patrem ab actu, suscipiens matrem... Sicut ergo monstruosum et impossibile esset si quis diceretur habere plures patres vel plures matres carnales, ita de spiritualibus intelligendum est. »

2. C'est l'usage supposé dans c. IV, C. XXX, qu. 4.

3. Hostiensis, *Summa*, p. 366 : « Sed tamen uterque est patrinus, nam omnes suscipientes patrini sunt. » — C. III, VI, *De cogn. spir.*, IV, 3.

4. C. VI et VII, C. XXX, qu. 3.

formel ou la nature même des choses ne vint l'exclure. Or, ici, il s'agissait de contracter une obligation, de cautionner en quelque sorte l'enfant envers Dieu, et une telle obligation pouvait parfaitement se contracter par mandataire [1]. Après avoir exposé les opinions contraires, Panormitanus décidait qu'en principe le procureur ne devait pas être admis, mais que, s'il l'avait été et qu'on eût passé outre, la parenté spirituelle existait entre le *baptizatus* et le parrain représenté [2].

Dans tous les cas ci-dessus prévus, la *paternitas* était un empêchement dirimant de mariage; mais elle ne poussait pas plus loin ses effets : il en résultait que le parrain pouvait licitement épouser la fille de son filleul. La parenté spirituelle n'existait qu'à l'égard des personnes déterminées entre lesquelles les Canons l'établissaient [3].

B. *Compaternitas*.

C'est la relation qu'établit le droit canonique entre le père et la mère naturels d'un enfant baptisé (ou confirmé) et ceux qui sont devenus par le baptême (ou la confirmation) ses parents spirituels : ils sont dits respectivement *compater* et *commater*. Ici, la parenté spirituelle avait non pas imité, mais dépassé la nature, en créant des rapports dont celle-ci ne fournit pas d'exemple. Au fond, il y avait là une idée d'union entre deux groupes de personnes que l'amitié mutuelle, reportée sur la tête d'un enfant, avait cimentée, et que l'intervention

1. Panormit., sur c. VI, X, *De cogn. spir.*, n° 4 : « Nam jura solum requirunt levantem ut respondeat pro puero et obliget se apud Deum, unde constituitur fidejussor pro eo apud Deum; hæc autem obligatio debet posse contrahi per procuratorem, cum non eligatur industria personæ, nec agitur de magno facto. »

2. Sur c. VI, X, *De cogn. spir.*, n° 4.

3. Hostiensis, *Summa*, p. 368 : « Cognatio spiritualis, sicut cognatio legalis et publicæ honestatis justitia non egrediuntur personas illas cum quibus contrahuntur vel contrahi intelliguntur : quare et filiam filiolæ meæ potero ducere in uxorem, cum nusquam prohibitum inveniatur et hoc edictum prohibitorium sit. »

d'un sacrement avait sanctifiée. Dans l'esprit popul[illegible]tte relation prit de bonne heure une grande importa[illegible] les appellations de *compère* et de *commère*, longtemps [illegible]rvées dans notre vieux langage comme des termes de familière amitié, en sont la preuve manifeste. Le même sentiment se fait jour également dans les relations des plus grands personnages. Des papes, Étienne III et Paul I[er], dans leur correspondance avec les monarques francs dont ils avaient baptisé ou tenu les enfants au baptême, désignent constamment le roi ou la reine par les termes *compater meus*, *commater mea* [1].

C'est encore en Orient que, pour la première fois, le mariage apparaît comme interdit entre le compère et la commère. En 692, le concile *in Trullo* statua en ces termes dans son Canon 53 : « Comme la parenté spirituelle est au-dessus des liens charnels, et que, cependant, nous avons appris que, dans certains lieux, quelques personnes, après avoir tenu au saint baptême des enfants, épousent ensuite leurs mères devenues veuves, nous défendons que cela ait lieu dorénavant. Si donc, à l'avenir, on trouve des personnes qui agissent contrairement au présent canon, qu'immédiatement elles sortent de ce mariage illicite, et subissent ensuite les pénitences imposées pour la fornication. » En Occident, la prohibition est enregistrée, comme on l'a vu, dans l'édit de Luitprand, et solennellement prononcée au concile de Rome de l'année 721, sous le pape Grégoire II [2]. Cependant, cette règle souleva à cette époque des résistances sérieuses, celle en particulier de saint Boniface, qui, dans trois lettres écrites en l'année 735, considère cela comme une nouveauté contraire aux anciennes traditions de l'Église [3]. Avec une haute raison, il déclare ne pas pouvoir comprendre comment, dans le mariage charnel, la simple pa-

1. Jaffé, *Codex Carolinus*, pp. 34, 35, 37, 48, 49, 52, 54, 55, 61, 62, 65, 72, 74, 75, 77, 81, 84, 86, etc.

2. « Si quis commatrem spiritualem in conjugium duxerit, anathema sit. »

3. « Pathelmo episcopo Witernensi (Jaffé, *Mon. Mog.*, p. 95) : « Adfirmant sacerdotes per totam Franciam et per Gallias necnon et pro his maxime criminis reum esse hominem qui in matrimonium acceperit illam viduam, cujus

renté spirituelle est prise en considération ; si l'on poussait la logique jusqu'au bout, le mariage deviendrait impossible entre chrétiens, puisque, dit-il, par le baptême nous devenons tous enfants du Christ et de l'Église, et, par conséquent, frères et sœurs[1]. Ce raisonnement, d'ailleurs, conduisait à refuser tout effet juridique, en matière de mariage, à la parenté spirituelle, et tel était probablement l'avis de saint Boniface, mais cet avis ne devait pas prévaloir. La lettre du pape Zacharie à Pépin le Bref défendait le mariage entre la commère et le compère, comme entre le *baptizatus* et le *suscipiens*, et la prohibition se fit recevoir en Germanie comme ailleurs. Elle engendra ici encore un empêchement dirimant[2].

On poussa même la logique si loin, que ce fut une question grave de savoir si le mariage pouvait subsister, lorsque l'un des deux conjoints tenait au baptême l'enfant que l'autre époux avait eu d'un précédent mariage, ou même leur enfant commun. Les époux, par là, étaient devenus *compater* et *commater* et s'étaient mis, par suite, dans une relation, qui, si elle

antea filium in baptismo adoptivum suscipiebat. Quod peccati genus, si verum est, hactenus ignorabam et nec in antiquis canonibus nec in decretis pontificum Patres nec in calculo peccatorum apostolos usquam enumerasse cognovi. Qua de re si aliquid uspiam in ecclesiasticis scriptis disputatum invenissetis nobis indicare curate. » — Nothelmo ep. Cantuariensi (p. 96) : » Præterea de uno peccato commisso vestrum consilium audire desidero, quod cuidam homini in matrimonio concedendo nesciens commisi. Quod hoc modo contigit. Homo quidam, sicut multi solent, alterius filium de sacri baptismatis fonte levans adoptavit sibi in filium, cujus matrem, postea viduatam marito, uxorem accepit. Quod Romani peccatum esse adserunt et capitale peccatum, ¡ta ut in talibus divortia facere præcipiant. » Cf. Bonifatius abbati Dudoni (p. 98).

1. Jaffé, *Mon. Mog.*, p. 96 : « Quia nullatenus intelligere possumus quare in uno loco spiritalis propinquitas in conjunctione carnalis copulæ tam grande peccatum sit, quando omnes in sacro baptismate Christi et Ecclesiæ filii et filiæ, fratres et sorores esse comprobamus. »

2. *Petri Lombardi Sent.*, *lib. IV*, D. XLII, *B* : « Apparet quod aliquis filiolam suam vel commatrem non potest sibi copulare nuptialiter, et, si presumptum fuerit, separandi sunt. » C. I, *in fine*, C. XXX, qu. 1. Hostiensis, *Summa*, p. 357 : « Effectus compaternitatis est ut impediat matrimonium contrahendum et dirimat contractum. »

eût précédé le mariage, aurait rendu celui-ci impossible et nul. La séparation ne s'imposait-elle pas, bien que le mariage eût précédé ? On le pensa anciennement [1], et, à prendre cela au pied de la lettre, il en résultait alors une *separatio* des époux, c'est-à-dire l'annulation de leur mariage et le droit pour chacun d'eux de contracter une nouvelle union. C'est bien ainsi qu'on l'entendit d'abord, car c'est par ce principe que l'auteur des *Gesta Francorum*, dans la première moitié du VIII[e] siècle, explique la répudiation de la reine Audovère, première femme de Chilpéric [2], et même, dans ce sens, on peut citer encore la lettre LXXVII de Fulbert de Chartres [3]. Mais c'était là un échec grave à l'indissolubilité du lien conjugal. Une première réaction se produisit, attestée par le *decretum Compendiense*. Ce qui paraissait alors et surtout inadmissible, c'est que des rapports sexuels pussent exister entre deux personnes unies par la parenté spirituelle ; on sépara donc les époux qui étaient devenus après coup *compater* et *commater*, mais on interdit à l'un et à l'autre de contracter une nouvelle union [4]. C'était là une solution peu satisfaisante. Aussi une opinion plus raisonnable parvint à se dégager, qui maintenait à la fois le lien matrimonial et la prestation du devoir conjugal [5]. On expliqua les textes qui prescrivaient la séparation, en y voyant des dispositions simplement comminatoires, ou en supposant qu'ils visaient des hypothèses où la *compaternitas*

1. C. I et II, C. XXX, qu. 1. — Bern. Pap., *Summa decret.*, p. 159 : « Sciendum est igitur quod nullus accipere potest suam commatrem in uxorem, et si acceperit separatur; quod usque adeo servatum invenitur ut si maritus casu aliquo suæ uxoris compater efficeretur etiam ab ea separaretur. »

2. Adrien de Valois, *Rerum Francicarum libri* VIII, édit. Paris, 1658, tome II, p. 22.

3. Migne, *Patrol. lat.*, t. CXLI, p. 238 : « Nullus proprium filium vel filiam de fonte baptismali male suscipiat, nec commatrem ducat uxorem, nec illam cujus filium vel filiam ad confirmationem tenuerit. Ubi autem factum fuerit, separentur. »

4. *Decret. Comp.*, c. XV = c. II, C. XXX, qu. 1 : « Si quis filiastram aut filiastrum ante episcopum ad confirmationem tenuerit separetur ab uxore sua et alteram non accipiat. Similiter et femina alterum non accipiat. »

5. C. III-VII, C. XXX, qu. 1.

était antérieure au mariage [1]. Cette opinion acquit force de loi par une décrétale d'Alexandre III [2].

L'effet de la *compaternitas* ne s'arrêtait pas là. Il se multipliait par le principe de l'*unitas carnis*, et produisait alors la *compaternitas indirecta*. La *directa* était celle dont je viens de parler, et qui existait entre le père et la mère naturels d'une part, et le père et la mère spirituels d'autre part. Mais chacune de ces personnes était aussi dans les mêmes relations avec le conjoint de son compère ou de sa commère, pourvu que ceux-ci eussent été mariés et leur mariage consommé avant le baptême ou la confirmation, d'où naissait la *cognatio spiritualis*. C'était la *compaternitas indirecta*, et le mariage entre ces personnes, devenues libres par la mort de leur conjoint, était également nul [3].

Mais, si l'on appliquait cela sans difficulté au cas où un homme marié tenait au baptême mon enfant issu de mon mariage actuellement existant, auquel cas je devenais non seulement son *compater*, mais aussi le *compater* de sa femme, tandis qu'il devenait mon *compater* et celui de ma femme, mère de l'enfant, des doutes s'élevaient dans une autre hypothèse. C'était celle où, deux personnes étant unies en mariage, un tiers tenait au baptême l'enfant que l'une d'elles avait eu d'une précédente union. Selon beaucoup d'auteurs, ce parrain devenait bien le *compater* du père ou de la mère de l'enfant, mais non celui de l'autre conjoint [4]. D'autres appliquaient, même ici, le principe de l'*unitas carnis*, et ils expli-

1. *Sent.*, *lib. IV*, D. XLII, *C.* : « Hæc autem vel ad terrorem dicta sunt, non quod ita esset faciendum, sed ne illud fieret summopere cavendum, vel de illis est intelligendum qui prius filios suos vicissim de fonte susceperunt, quam fierent conjuges. »

2. *C. u. X. De cogn. spir.*, IV. 11.

3. C. XXX, qu. 4.

4. On appliquait à ce cas les c. IV et V, C. XXX, qu. 1. Bern. Pap., *Summa decret.*, p. 158 : « Fuerunt etiam qui non insubtiliter dixerunt quod actio unius conjugum obligat alterum, passio vero nequaquam. Ut ecce teneo filium tuum, uxor mea efficitur tua commater indirecto; si puer non est filius uxoris tuæ, ego non sum compater uxoris tuæ, nec directo, nec indirecto. »

quaient les textes en apparence contraires, en disant qu'on y supposait un mariage postérieur au baptême [1].

Enfin, un autre doute s'était élevé, non parmi les savants, mais dans le peuple. Devant ces effets réflexes de la *compaternitas* et du mariage, on se demandait s'il était licite et inoffensif qu'un mari et une femme tinssent ensemble au baptême un enfant étranger. Le pape Urbain II décida que cela n'était défendu par aucune autorité; et, en effet, c'était une règle certaine qu'aucun rapport de parenté spirituelle ne s'établissait entre les parrains lorsqu'ils étaient plusieurs; la *compaternitas* ne s'établissait qu'entre un parent charnel d'un côté, et un parent spirituel d'autre part [2]. Cependant le pape déclara que l'on devait éviter ce concours pour que la parenté spirituelle fût préservée pure de toute tache et de toute infamie [3].

C. *Fraternitas.*

La *compaternitas* étant admise, on en tira par un développement régulier, une troisième forme de la parenté spirituelle, la *fraternitas*. Le *baptizatus, filius spiritualis*, fut considéré comme le frère spirituel des enfants naturels de ses *parentes spirituales*, et, par voie de conséquence, le mariage fut déclaré interdit et nul entre lui et eux. C'est surtout sur ce point que l'on fit valoir la similitude entre la *cognatio spiritualis* et la *cognatio legalis* [4]. Peu importait d'ailleurs que les enfants naturels des *parentes spirituales* fussent nés avant ou après le baptême [5]. Mais cette parenté s'arrêtait là, et le *baptizatus*

1. Bern. Pap., *Summa*, p. 158 : « Quam sententiam non multum approbo, quia potius intelligo illud capitulum in eo casu ubi prius tenui filium tuum de alia susceptum quam tu istam haberes uxorem. »

2. De là, la règle : *Compatrum alter semper carnalis, alter spiritualis.*

3. C. VI, C. XXX, qu. 4.

4. C. I et V, C. XXX, qu. 3.

5. Panormit., sur c. 1, X, *De cogn. spir.*, IV, 11 : « Nota quod illa persona

pouvait parfaitement épouser la fille de son frère spirituel.

La logique, dont on se grisait en quelque sorte, ne devait-elle pas conduire plus loin encore, et faire décider que tous les enfants des *compatres* étaient frères, et que, par suite, le mariage était défendu entre eux? On alla jusque-là, au moins pour ceux qui étaient nés après le baptême [2]. Mais, cependant, une opinion bien nette repoussait cette extrême exagération; elle restreignait la prohibition au mariage de celui qui, par son baptême, avait créé la *compaternitas*, avec l'enfant d'un *compater* [3]. Au XII[e] siècle, la papauté, embarrassée par l'existence de deux canons contraires, hésitait encore, et Alexandre III ordonnait, sur ce point, de s'en rapporter à la coutume des diverses Églises [4]. Une décrétale d'Innocent III sembla favoriser l'opinion la plus rigoureuse [5]; ce fut pourtant l'autre qui triompha [6].

La parenté spirituelle, avec tous les effets que je viens de faire connaître, était produite seulement par le baptême et la confirmation. Cependant, cette parenté résultait aussi du *catechismus*, ou préparation solennelle des adultes au baptême [7]. Pour cet acte, très important dans les temps anciens, l'usage avait aussi introduit l'assistance d'un parrain, qu'on voulait même distinct de celui qui intervenait au baptême [8]. La question se posa tout naturellement de savoir s'il fallait admettre ici la parenté spirituelle avec tous ses effets. Les uns s'y refu-

per quam deventum est ad compaternitatem non potest contrahere matrimonium cum aliquo de filiis baptizantis vel levantis, sive sunt geniti post compaternitatem sive ante; et est ratio quia ad invicem efficiuntur isti fratres spirituales. »

1. Panormit., *loc. cit.* : « Nec extenditur hæc cognatio ad nepotes, quia hoc non reperitur jure cautum. »

2. C. V, C. XXX, qu. 3 (Pascal II). — Lombard, *Sent. lib.*, *IV*, D. XLII, *E*, *F*.

3. C. IV, C. XXX, qu. 3 (Urbain II).

4. C. I, III, X, *De cog. spir.*, IV, 11.

5. C. VII, X, *De cog. spir.*, IV, 11.

6. Voyez glose sur c. VII, X, *De cog. spir.*, v° *Filiam*.

7. Sur le *catechismus*, voyez *De consecrat.*, D. IV, c. LV et suiv.

8. *De consec.*, D. IV, c. C : « In catechismo, et in baptismo et in confirmatione unus patrinus fieri potest si necessitas cogit. Non est tamen consuetudo Romana, sed per singulos singuli suscipiunt. »

sèrent pour cette raison que le *catechismus* ne conférait pas encore la qualité de chrétien[1]. Mais Hugutio soutint l'opinion contraire[2], et il semble bien, comme Bernard de Pavie[3], reconnaître à la parenté spirituelle née du *catechismus* les mêmes effets qu'à celle née du baptême ou de la confirmation. Cela devait conduire à une solution transactionnelle; on admit cette parenté spirituelle, mais on n'y vit qu'un empêchement prohibitif de mariage. Clément III hésitait même à lui reconnaître cette efficacité, mais une décrétale de Boniface VIII trancha définitivement le débat[4].

Aucun autre sacrement ne produit une parenté spirituelle qui soit un empêchement de mariage[5]. Cependant, l'usage s'était introduit de bonne heure d'appeler fille spirituelle du confesseur la femme qui venait lui révéler ses péchés[6]; mais, en droit, on en tirait simplement cette conséquence, que les relations charnelles du confesseur avec sa pénitente étaient monstrueuses et sévèrement punissables[7].

IV

Le droit romain nommait « affinité » le rapport qui existe entre un époux et les parents de l'autre époux. L'affinité sup-

1. Glose sur c. I, C. XXX, qu. 1, v° *Pabulo* : « Alii dicunt quod tantum in baptismo et confirmatione contrahitur compaternitas. »

2. Glose citée : « H(ugutio) dicit quod in quolibet illorum contrahitur compaternitas; et dicit quod ante baptismum nondum est homo spiritualis, est tamen filius spiritualis, et dicitur spiritualis ad differentiam carnalis vel adoptivi filii. »

3. Voyez ci-dessus, p. 362, note 5.

4. C. II, VI, *De cog. spir.*, IV, 3 : « Ut ex prædecessoris nostri Clementis papæ tertii decretali colligitur evidenter; dicendo enim quod talis res vix contrahendo matrimonio impedimentum afferat, velle videtur quod afferat, nam quod vix fit fieri tamen dubium non existit. »

5. C. III, VI, *De cog. spir.*, IV, 3.

6. *Sent.*, *lib. IV*, D. XLII, *B* : « Dicitur etiam spiritualis filia sacerdotis quæ ei peccata sua confitetur. » — Paucapalea, *Summa*, éd. Schulte, p. 122 : « Patrem habeo sacerdotem, sed omnes confitentes sibi peccata filii vel filiæ spirituales efficiuntur, ut Symmachus ait. Ergo, secundum vos, non licebit mihi aliquam earum in matrimonium copulare; sed licet, ut videtis. »

7. C. VIII et suiv., C. XXX, qu. 1.

posait nécessairement un mariage valable ; elle n'avait point de degrés, comme la parenté [1] ; mais elle interdisait le mariage, dans le droit classique, lorsqu'elle existait en ligne directe, jamais en ligne collatérale [2].

L'Église devait étendre très loin les effets de l'alliance quant au mariage, et tomber ici dans des exagérations semblables à celles que nous venons de constater pour la *cognatio spiritualis*. Elle devait en même temps transformer la notion de l'affinité elle-même. Mais, bien avant d'en venir là, elle interdit le mariage à certains alliés en ligne collatérale.

La principale raison de cette réaction contre le droit romain se trouve sans doute dans les dispositions de la loi judaïque. Le chapitre XVIII du *Lévitique* contenait de nombreuses prohibitions de mariages reposant sur l'affinité. Il interdisait le mariage entre alliés en ligne directe [3], mais il l'interdisait aussi entre alliés en ligne collatérale. Il défendait d'épouser la sœur d'une première épouse [4], la femme d'un frère (sauf dans le cas où cela devenait un devoir) [5], et même la femme de l'oncle paternel [6]. Tout d'abord, l'Église, ne songea qu'à faire respecter ces prohibitions par les chrétiens. Elle commença par interdire le mariage avec la sœur de la femme prédécédée et avec le frère du mari [7]. Dès la seconde moitié du IVe siècle, elle obtenait une loi séculière prohibant ces mariages ; et cette prohibition fut plusieurs fois répétée dans la suite par les empereurs chrétiens [8], ce qui n'empêcha pas l'Église de la

1. L. 4, § 3, D. XXXVIII, 10 : « Affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo quod duæ cognationes, quæ diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit... § 5 : Gradus autem affinitati nulli sunt... § 8 : Sciendum est neque cognationem neque affinitatem esse posse, nisi nuptiæ non interdictæ sunt, ex quibus affinitas conjungitur. »

2. L. 14, § 4, D. XXIII, 2 ; L. 17, C. V, 4.

3. *Levit.*, XVIII, 8, 14, 15. 17.

4. *Levit.*, XVIII, 18.

5. *Levit.*, XVIII, 16 ; *Deuter.*, XXV, 5 et suiv. ; cf. *Marc*, VI, 18.

6. *Levit.*, XVIII, 14.

7. Concile d'Elvire (a. 305), c. LXI : concile de Néocésarée (a. 314), c. LXVI.

8. L. 2, 3, 4, *C. Th., De inc. nup.*, III, 12 : L. 5, 8, 9, *C. Just., De inc. nup.*, V, 5.

renouveler de son côté dans les conciles particuliers [1]. Aux Ve et VIe siècles, elle va plus loin, et prohibe le mariage avec la veuve de l'oncle, *patruus* ou *avunculus* [2]. Cela est reproduit dans les lois de la monarchie franque [3]. Mais, jusque-là, si les effets de l'alliance avaient été considérablement étendus, la notion même de l'*affinitas* n'avait pas été transformée.

Cette transformation se produisit au VIIIe siècle. Le concile de Rome de 721 contient cette règle générale qu'aucun homme ne peut épouser sa parente ou la femme qu'un de ses parents a eue pour épouse [4]. Comment était-on arrivé à cette règle? Par une application, déjà nettement formulée chez saint Augustin [5], de cette idée que, dans un mariage consommé, les deux époux sont devenus une seule et même chair, *una caro*. La *copula* ayant mêlé leur sang et confondu leurs personnes, la parenté de l'un se communiquait à l'autre sous forme d'*affinitas*.

De cette conception nouvelle découlaient trois conséquences que le droit canonique, un peu plus tôt, un peu plus tard, dégagera avec une grande logique.

1° L'affinité, n'étant que la parenté d'un des époux communiquée à l'autre, devait s'étendre aussi loin que la parenté, se compter par degrés à l'imitation de celle-ci [6], et constituer, dans la même mesure, un empêchement dirimant de mariage [7]. Aussi

1. Freisen, *op. cit.*, p. 441 et suiv.

2. Voyez spécialement : concile d'Agde (506), c. LXI (Bruns, p. 158) : « Si quis relictæ vel filiæ avunculi misceatur aut patrui filiæ. » Concile de Clermont de 535, c. XII : « Si quis relictam fratris, sororem uxoris, privignam consobrinam sobrinamve vel relictam patrui atque avunculi carnalis contagii crediderit consortio violandam. »

3. Édit de Childebert II (a. 596), c. II; *Lex Salica*, XIII, add. 2.

4. « Si quis de propria cognatione vel quam cognatus habuit duxerit in conjugium, anathema sit. »

5. C. XV, C. XXXI, qu. 2 : « Si vir et uxor non jam duo sed una caro sunt, non aliter est nurus deputanda quam filia. »

6. Les canonistes disaient cependant, d'après les jurisconsultes romains, que l'affinité n'avait pas de degrés par elle-même; mais on la comptait d'après les degrés de la parenté, qu'elle suivait parallèlement. — Cf. *Sent.*, *lib. IV*, D. XLI, *A*.

7. Concile de Mayence de 847, c. XXX (Labbe, *Concilia*, t. VIII, p. 50) : « Sane consanguinitas quæ in proprio viro conservanda est, hæc nimirum in

suivra-t-elle la même marche ascendante, montant jusqu'au cinquième et sixième degré de computation canonique[1], pour se fixer, comme la parenté, au septième[2], et redescendre ensuite avec celle-ci au quatrième[3].

2° L'affinité ne provenait pas du mariage lui-même, mais de la *copula carnalis*; c'était cette dernière qui, par elle-même, en était l'élément générateur, comme le diront les définitions classiques de l'affinité[4]. On devait en conclure qu'elle produisait le même effet, qu'elle intervînt dans l'état de mariage ou en dehors du mariage. Par le seul fait qu'un homme et une femme, même non mariés, avaient ensemble des relations sexuelles, immédiatement les parents de l'un devenaient les alliés de l'autre, et le mariage était par là même prohibé entre celui-ci et ses nouveaux alliés jusqu'au degré où le mariage devient licite entre parents[5]. C'est ce qu'on appelle l'*affinitas ex copula illicita*.

Quand s'introduisit cette règle logique, mais singulièrement imprudente au point de vue juridique? La première trace paraît s'en trouver dans une décrétale pseudo-isidorienne mise sous le nom du pape Grégoire[6]. Dans tous les cas, c'était une

uxoris parentela de lege nuptiarum custodienda est. Quia constat eos duos fuisse in carne una, ideoque communis illis utraque parentela credenda est, sicut scriptum est : Erunt duo in carne una. »

1. *Sent.*, *lib. IV*, D. XLI, *B* : *Variæ traditiones de affinitate*.

2. Bern. Pap., *Summa decret.*, p. 170 : « Primum genus (affinitatis) habet septem gradus prohibitos, unde dicitur quod æquis passibus ambulat cum consanguinitate. »

3. C. VIII, X, *De cons.*, IV, 14.

4. Sanchez, *De sacr. matri.*, lib. VII, disp. LXIV, n° 1 : « Definitur autem affinitas sic a theologis et juris utriusque professoribus, cum divo Thoma (IV, dist. XLI, qu. 2, art. 1) et glosa (C. XXXV, qu. 5) in arbore affinitatis : Est propinquitas personarum ex carnali copula proveniens omni carens parentela. »

5. Bern. Pap., *Summa*, p. 168 : « Est autem affinitas regularitas personarum ex nuptiis proveniens, omni parentela carens. Nuptias coitum hic appellamus seu legitimum seu fornicarium; affinitas enim de sola carnis commixtione nascitur. »

6. Hinschius, *Decretales pseudo-isidorianæ*, p. 751 : « Nec aliquam quam quis ex propria consanguinitate conjugem habuit vel aliqua inlicita pollutione maculavit in conjugium ducere ulli profecto christianorum licet vel licebit. » —

doctrine pleinement reçue en Gaule en l'année 860. Car, au concile de Touzy, qui se réunit cette année-là, fut discutée une cause matrimoniale fort délicate, dans laquelle il était établi que le mari refusait de consommer le mariage parce qu'il avait eu antérieurement des relations avec une parente de sa future épouse [1] : et, dans le mémoire que rédigea sur cette affaire Hincmar de Reims, il est parfaitement admis que c'était là un empêchement au mariage.

Une fois acceptée, l'idée fut rigoureusement appliquée. L'*affinitas* était produite par l'acte matériel de la copulation, alors même que la volonté de l'une des parties n'était pas intervenue; elle résultait des relations sexuelles avec une femme inconsciente, ivre ou endormie [2]. On exigeait une seule chose : c'est que ces relations eussent été normales et complètes [3].

C'était là une règle qui était de nature à jeter le trouble dans les familles et à rendre parfois bien difficile la pratique judiciaire. On en atténuait quelque peu les inconvénients en se montrant très difficile sur la preuve des relations d'où l'on prétendait tirer l'*impedimentum affinitatis ex copula illicita* [4].

3° Si l'*affinitas* résultait de relations extraconjugales, en sens inverse, elle ne résultait pas du mariage lui-même, tant qu'il n'avait pas été consommé. Malgré quelques divergences [5],

C'est d'ailleurs un point discuté que de savoir si ce texte contient la première mention de l'*affinitas ex copula illicita*; dans ce sens, Sanchez, *op. cit.*, lib. VII, disp. LXV, n° 8; Scherer, *Ueber das Eherecht bei Benedikt Levita*, p. 47, 48.

1. *De nuptiis Stephani et filiæ Regimundi comitis* (Hincmar, *Opera*, éd. Sirmond, II, p. 648) : « Quoniam juvenis femina, cum qua carnali commercio mixtus fuerat, propinqua istius puellæ extitit... quamdiu in tali incestu maneremus nec ego nec illa fructuosam pœnitentiam agere possemus, neque talis incestus, nisi separatione nostra ab invicem, sanari valeret. »

2. Sanchez, *op. cit.*, l. VII, disp. LXIV, n° 17 : « Cum femina prorsus invita, ignorante, ebria, insana, quia ea copula satis est ad generationem. »

3. C. XVIII, C. XXVII, qu. 2; c. XI, C. XXXV, qu. 2. — Yves de Chartres, *Ep. CCXXXII*, p. 405.

4. Yves de Chartres, *Ep. CCXXV*, p. 394; *Ep. CCXXIX*, p. 399.

5. Saint Thomas d'Aquin, *Summa*, *Supplementum*, qu. 65, art. 4 : « Sed matrimonium affinitatem causat non solum ratione carnalis copulæ, sed etiam ratione societatis conjugalis, secundum quam etiam matrimonium naturale

c'est la doctrine qui s'établit[1] ; mais elle fut corrigée en ce que les fiançailles créèrent par elles-mêmes un empêchement dirimant, autre que l'affinité, au mariage d'un des fiancés avec les parents de l'autre fiancé, l'*impedimentum publicæ honestatis*[2].

Le droit canonique ne s'arrêta pas là. L'affinité, dont il a été question jusqu'ici, était seulement, selon les canonistes, le *primum genus affinitatis*. On en connaissait encore deux autres espèces, *secundum et tertium genus affinitatis*; elles ne représentaient pas autre chose qu'une nouvelle application du principe de l'*unitas carnis*, une multiplication de l'affinité par elle-même.

Lorsque l'une de deux personnes unies par l'alliance se mariait ou se remariait, son conjoint entrait dans le même rapport qu'elle-même, quant à ses premiers alliés. Il résultait de là que le mari, par exemple, avait pour alliés non seulement tous les parents de sa femme, mais encore les conjoints de ceux-ci. *Jure canonico*, les maris de deux sœurs étaient alliés entre eux, ainsi que les femmes de deux frères. Enfin si l'époux de ma *consanguinea* venait à perdre sa femme, par l'intermédiaire de laquelle il était devenu mon allié, non seulement il conservait cette qualité à mon égard, mais, s'il se remariait, il la transmettait à sa nouvelle femme, qui était également mon alliée. C'était là le *secundum genus affinitatis*[3]. Il produisait l'empêchement de mariage, mais dirimant seulement dans les

est. Unde et affinitas contrahitur ex ipso contractu matrimonii per verba de præsenti ante carnalem copulam. » Voyez aussi les auteurs cités par Sanchez, lib. VII, disp. LXV, n° 24.

1. Bern. Pap., *Summa*, p. 168 : « Unde inter sponsam et consanguineos sponsi nulla est affinitas, nisi coitus interveniat. »

2. Voyez ci-dessus, p. 145.

3. Bern. Pap., *Summa*, p. 168 : « Secundum genus est quod fit duabus mediantibus personis, verbi gratia inter me et uxorem consanguinei uxoris meæ, quæ mihi attinet mediantibus uxore mea et ejus consanguineo. Similiter inter uxorem meam et virum consanguineæ meæ... Et notandum est quod secundum affinitatis genus aliquando contrahitur ex una parte tantum aliquando ex duabus. Ex una, ut ecce soror mea accipit virum; ea mortua, maritus ejus accipit aliam : ecce vir sororis meæ erat mihi in primo genere,

trois premiers degrés et prohibitif au quatrième [1]. Cela provenait en quelque sorte d'un accident. On utilisa, pour établir cet empêchement, des textes qui avaient été écrits à l'époque où l'Église ne défendait encore le mariage entre parents que jusqu'au septième degré de la computation romaine, et jusqu'aux degrés équivalents de la computation germanique [2]. Comme ici la prohibition était vraiment bien peu utile, on fut presque heureux de trouver des textes qui permettaient de la borner, et de ne point l'étendre jusqu'au septième degré de computation canonique.

L'*affinitas secundi generis* pouvait, comme l'*affinitas primi generis*, résulter de la fornication aussi bien que du mariage consommé. Lorsqu'un homme avait eu successivement des relations avec deux femmes, sans les épouser, les parents au troisième degré de la première femme ne pouvaient épouser la seconde [3].

Le *tertium genus* supposait une hypothèse encore plus compliquée. Un parent de ma femme s'étant marié, son conjoint était devenu mon allié *secundi generis*. Si, maintenant, rendu libre par la mort du parent de ma femme, ce conjoint survivant contractait un second mariage et le consommait par l'effet de l'*unitas carnis*, il transmettait à son second conjoint la qualité d'allié qu'il avait par rapport à moi ; le second con-

secunda uxor est mihi in secundo... ; ex utraque parte fit secundum genus hoc modo : ego accipio uxorem et soror mea accipit virum, vir ille est uxori meæ in secundo genere... Similiter inter uxores duorum fratrum est secundum genus affinitatis utrinque ductum. »

1. C. III, XII, et *Dictum* sur c. XXI, C. XXXV, qu. 3. — Bern. Pap., *Summa*, p. 170 : « Secundi generis tres gradus impediunt contrahendum et dirimunt contractum ; in quarto vero, si inventi fuerint conjuncti, non separantur, et ita impedit contrahendum, sed non dirimit contractum. »

2. Voyez ci-dessus, p. 347.

3. Bern. Pap., *Summa*, p. 173 : « Secundum ergo hunc modum, si dormierit aliquis cum duabus mulieribus, frater unius vel filius, vel aliquis attinens uni earum infra quartum gradum consanguinitatis prohibetur accipere reliquam, quia ibi est affinitas secundi generis. Ecce enim dormisti cum Berta et Maria : ego cum sim frater Bertæ non possum accipere Mariam ; cum enim tu dormieris cum sorore mea Berta, es mihi affinis in primo genere et primo gradu : igitur Maria quæ addita est tibi per carnis copulam mutabit genus sed non gradum. »

joint devenait mon allié *tertio genere affinitatis* [1]. Le *tertium genus* produisait l'empêchement au mariage, mais seulement jusqu'au second degré [2]. Il pouvait, comme les deux autres, résulter de la simple fornication [3].

Enfin, une dernière sorte d'affinité avait été reconnue. Lorsqu'une femme, devenue veuve, contractait une nouvelle union, non seulement elle restait l'alliée des parents de son premier mari et transmettait cette qualité à son second époux, mais encore les enfants nés du second mariage ne pouvaient pas contracter mariage avec les parents du premier mari jusqu'au quatrième degré de parenté. C'était encore ici la lettre d'un texte, invoqué pour justifier la prohibition, qui l'avait fait limiter au quatrième degré [4]. On expliquait d'ordinaire cette prohibition concernant la *soboles ex secundis nuptiis* par la théorie de l'*unitas carnis*; cependant, certains ne voyaient pas là un effet de l'affinité canonique, mais une interdiction spéciale et arbitraire [5]. D'ailleurs on traitait ce rapport comme l'*affinitas*, en le faisant dériver de la fornication comme du mariage consommé [6].

1. Bern. Pap., *Summa*, p. 173 : « Tertium genus est quod fit tribus personis mediantibus, verbi gratia, inter me et uxorem relicti consanguineæ uxoris meæ, quæ attinet mihi tribus personis mediantibus, scilicet uxore mea et consanguinea ejus et relicto consanguineæ : consanguinea enim uxoris meæ est mihi in primo genere, ergo vir ejus erit mihi in secundo, uxor ejus erit mihi in tertio. »

2. C. XXII, C. XXXV, qu. 3. — Bern. Pap., *Summa*, p. 173 : « Tertii generis gradus duo sunt prohibiti. »

3. Bern. Pap., *Summa*, p. 173 : « Sic et in tertio genere : Ecce enim frater meus dormivit cum Sibilla, illa item cum Petro, Petrus item cum Maria; non potero accipere Mariam, quæ est mecum in primo gradu tertii generis. »

4. C. IV, C. XXXV, qu. 10

5. Bern. Pap., *Summa*, p. 174 : « Mihi videtur nullam esse affinitatem inter sobolem susceptam ex secundis nuptiis et consanguineos prioris viri... Non potest (conjungi) propter regulam juris, quæ dicit : Soboles ex secundis nuptiis non potest pervenire ad consortium cognationis prioris viri usque in quartam generationem. »

6. Bern. Pap., *Summa* p. 173 : « Berta fornicarie juncta est Petro, deinde nupsit Johanni et ex eo genuit Titiam : hanc vult fratri vel nepoti Petri copulari. Quæritur an possit? Et videtur non posse ut secundas nuptias large accipiamus et prohibitionem cum sua causa latius producamus. Item videtur dicendum si utrique viro juncta fuit per fornicationem. »

On voit quel réseau de complications et de subtilités avait été noué peu à peu ; pourtant le fil ne s'en arrêtait pas là.

Le droit canonique avait de bonne heure pris en considération les relations adultères d'un des conjoints avec un proche parent de l'autre conjoint, et le synode de Verberie permettait même, dans ce cas, à l'époux trompé de divorcer et de se remarier[1]. Mais cela ne put se maintenir lorsque triompha la règle de l'indissolubilité absolue du lien conjugal. Un résultat équivalent fut obtenu momentanément par un raisonnement extrême, fondé sur la théorie de l'affinité. Lorsqu'un mari avait des relations sexuelles avec une parente de sa femme, on estima que, par le fait même de cette *copula*, il devenait l'allié de sa femme, comme il le serait devenu si le mariage n'avait pas précédé ; et le même raisonnement se reproduisait pour la femme qui avait des relations avec un parent de son mari. On appela cela l'*affinitas superveniens ex copula illicita*. Alors ici, comme dans le cas où l'un des époux tenait au baptême l'enfant de son conjoint, on se demanda si le mariage pouvait subsister dans ces conditions. Si, en effet, l'époux avait connu un parent de son conjoint à un degré où le mariage était prohibé, on était arrivé à un état qui eût rendu le mariage impossible et nul, s'il avait précédé celui-ci. On décida d'abord que la séparation de l'époux coupable et de son conjoint devait être prononcée ; et il s'agissait là d'une véritable dissolution et annulation du mariage, d'où la conséquence que l'époux innocent devenait libre et pouvait contracter une nouvelle union. Cela est d'autant moins douteux que la *Collectio prima* débutait par la reproduction, sous un titre erroné, du décret du concile de Verberie qui autorisait dans ce cas le divorce[2], et les décrétales d'Alexandre III faisaient défense au seul époux coupable de contracter à nouveau[3]. Telle était la doctrine que présentait encore,

1. Voyez ci-après, deuxième partie, titre III, chapitre II, n° 3.

2 C. I, *Collectio prima*, IV, 13, *De eo qui cognovit consanguineam uxoris suæ*. Cf. c. I, X, IV, 13,

3. C. II, IV, *Coll. prima*, IV, 13.

quoique pour la contredire, Bernard de Pavie [1]. Mais cela pouvait difficilement se soutenir avec la thèse de l'indissolubilité ; comment, en effet, faire remonter une semblable nullité au jour du mariage? On décida donc que ni l'un ni l'autre des deux époux ne pourrait se remarier du vivant de son conjoint, bien qu'on considérât encore qu'à raison de l'*affinitas superveniens* les relations conjugales devenaient illicites entre eux et qu'ils devaient vivre séparés. Mais c'était là une doctrine impitoyable ; on aboutissait à une impasse sans aucune issue. On arriva, en utilisant les termes élargis de diverses décrétales, à restreindre la séparation nécessaire au cas où l'adultère aurait été public ou commis avec une personne parente du conjoint au premier ou au second degré [2]. Dans les autres cas, la continuation des relations conjugales fut déclarée licite entre les époux. Enfin, on admit sans distinction que le mariage subsistait même *quoad torum*, au profit de l'époux innocent, qui ne pouvait pas être privé de ses droits par le seul fait de l'autre époux [3].

Même restreinte sur ce dernier point, la théorie de l'*affinitas* avait acquis une portée qu'elle ne pouvait conserver. Une réforme était nécessaire plus encore ici que pour la parenté : elle fut opérée en même temps, au quatrième concile de Latran en 1215. Le concile supprima radicalement le *secundum* et le *tertium genus affinitatis*, ainsi que la règle concernant la *soboles ex secundis nuptiis*. Pour l'*affinitas primi generis*, elle ne fut plus un empêchement dirimant que jusqu'au quatrième degré [4].

1. *Summa decret.*, p. 163 : « Quid igitur faciet uxor quæ forte nequit continere? Videtur dici in primo hujus tituli capitulo ut possit alium accipere ; quod ego non credo, nisi post viri decessum ; sed oportet eam, velit nolit, vivere continenter, sicut si maritus ejus castraretur. »

2. C. II, IV, *Coll. prima*, IV, 13 ; c, VI, X, *De eo qui cogn.*, IV, 13. — Bern. Pap., *Summa*, p. 163 : « Si vero crimen est occultum, vel si in tertio vel ulteriore gradu adultera attinebat uxori, adulter non separabitur ab uxore, sed, accepta pœnitentia, non exiget debitum sed exactum reddet. »

3. C. VI, X, X, *De eo qui cogn.*, IV, 13.

4. C. VIII, X, *De cons.*, IV, 14.

V

Cela sera toujours une question délicate en législation, que de savoir si le mariage doit être permis entre l'époux adultère, devenu libre, et son complice. Les législations barbares suppriment facilement cette difficulté en prononçant la peine de mort contre la femme adultère, et en ne prenant point en considération l'adultère du mari : mais chez les peuples civilisés, qui punissent généralement ce délit de peines assez douces, le problème se pose forcément, et la solution en est difficile. En permettant de semblables mariages, on peut craindre de réhabiliter l'adultère, ou même de donner à l'époux coupable la tentation de se rendre libre par un crime ; en les prohibant, on court risque d'empêcher, sans intérêt réel, le retour tardif à une condition régulière et légale. Le droit romain avait adopté sous Auguste une solution originale. Il défendait d'épouser la femme adultère; mais cette défense était générale et non restreinte au complice; et, pour qu'elle opérât, il fallait que la femme eût été pénalement condamnée pour adultère[1]. Ce fut seulement dans la législation de Justinien qu'apparurent des règles spéciales sur le mariage de la femme adultère avec son complice [2].

Les canonistes tenaient pour certain que le droit canonique avait d'abord prohibé, par une disposition générale, de semblables mariages, et c'est en effet un axiome qui revient fréquemment dans les Canons, et qui a fourni la rubrique d'un titre aux collections de décrétales : *Ut nullus copulet matrimonio, quam prius polluit adulterio*[3]. Mais cette règle, an-

1. L. 11, § 13, D., *Ad leg. Jul.*, XLVIII, 5; L. 14, D., *De his quæ ut ind.*, XXXIX, 4.

2. *Nov.* 134, c. XII.

3. C. XXXI, qu. 1 ; c. I, X, *De eo qui duxit in matr. quam prius polluit per adulterium*, IV, 7. — Bern. Pap., *Summa*, p. 151 : « Erat olim prohibitio generalis, scilicet : Nullus ducat in matrimonium quam prius polluit per adulterium. »

ciennement, paraît avoir été une simple application d'un principe plus général, que j'ai précédemment examiné, et d'après lequel personne ne devait épouser une femme souillée par l'adultère ou même par la fornication [1]. En même temps, c'était une règle mal établie, considérée comme susceptible de faciles dispenses, ainsi que cela résulte des discussions d'Yves de Chartres et des antinomies exposées par Pierre Lombard [2] et par Gratien [3]. Le principe général et son application spéciale devaient disparaître en même temps. On permit à la femme adultère, devenue libre, d'épouser son complice; cela devint la doctrine certaine du droit canonique [4]. Mais si l'adultère, par lui-même, cessa d'être un empêchement, même prohibitif, dans deux cas l'adultère qualifié devint un empêchement dirimant : c'est celui que la langue de l'école désignera par les expressions *crimen*, *criminis enormitas* [5].

1° Le premier cas est celui où un époux adultère machine la mort de son conjoint, afin de se rendre libre. Le premier texte qui vise cette hypothèse est un chapitre du *Decretum Vermeriense* qui supposait une femme tramant avec d'autres hommes la mort de son époux, et celui-ci, en se défendant, tuait quelqu'un des assaillants. S'il pouvait prouver la complicité de sa femme, il avait le droit de la répudier et d'en épouser une autre. Quant à la femme coupable, tout mariage lui était interdit [6]. Mais, si cette disposition contenait l'idée de l'empêchement que nous examinons, elle ne le spécifiait pas en-

1. Voyez ci-dessus, p. 208 et suiv.

2. *Sent.*, *lib. IV*, D. XXXV, *F.*

3. C. XXXI, qu. 1.

4. Panormit., sur c. 1, X, *De eo qui duxit*, IV, 7, n° 3 : « Dic quod jura vario modo loquuntur, ut habetur per totum hoc titulum, et C. XXXI, qu. 1, per totam quæstionem; sed, concludendo veritatem dicendum est, quod aut solummodo præcesserit adulterium, et non impeditur matrimonium sequens; unde, alio non interveniente, quis potest ducere uxorem illam quam polluit per adulterium. »

5. Bern. Pap., *Summa*, p. 151 : « Sed posterior diligentia ipsam prohibitionem ad duos casus coartavit. »

6. C. VI, C. XXXI, qu. 1. Ce texte au Décret est une *Palea*; il ne faisait donc point partie de l'exposition originale de Gratien.

core : cela fut fait par le concile de Meaux de 845. Ce concile pose d'abord en règle que l'époux adultère ne doit point épouser son complice après le décès du conjoint trompé, mais il tempère cette rigueur en disant que si une telle union a été contractée après une pénitence publique, elle pourra cependant être tolérée en vertu d'une *dispensatio* utile et indulgente [1]. A cette *dispensatio* possible, une exception est apportée: c'est le cas où, soit l'homme, soit la femme adultère seraient convaincus d'avoir donné la mort au mari [2]. Mais il fallut des siècles pour dégager les éléments constitutifs de cet empêchement. La doctrine était encore confuse et incertaine à la fin du XI[e] siècle, comme on le voit dans l'exposition qu'en donne Yves de Chartres. Celui-ci part d'un fait concret qui lui avait été proposé par l'archevêque de Sens : Un homme avait tué le mari d'une femme et avait ensuite épousé la veuve ; ce mariage était-il valable [3]? Yves l'admet, mais à une double condition, à savoir que la femme établisse qu'elle n'a point trempé dans la mort de son mari, et que l'homme prouve qu'il n'a point entretenu des relations adultères avec la femme ni tué le mari dans l'espoir d'épouser sa veuve [4]. Yves d'après cela n'exigeait pas toujours qu'il y eût un adultère prouvé pour admettre l'empêchement. Il suffisait que la femme eût tramé la mort de son mari, ou que, même si elle était innocente, l'homme eût tué son mari dans l'espoir de l'épouser. Lorsque

1. C. v, C. XXXI, qu. 1. La règle permettant la *dispensatio* se trouve dans le Canon antérieur (C. 68 du concile). Voyez Freisen, *op. cit.*, p. 625. — Ce texte est donné dans Gratien comme appartenant au concile de Tribur, et la même attribution est faite par le pape Célestin III, c. 1, X, *De conv. infid.*, III, 33.

2. C. v, C. XXXI, qu. 1.

3. *Ep. CLXX*, p. 291 : « De parochiano vestro qui maritum cujusdam mulieris interfecit, et postea uxorem duxit. »

4. *Ep. CLXX* : « Si mulier conscientiam suam purgare potest de morte mariti, vir vero, sicut dicitis, purgare se potest legitime quod mulierem illam, vivente viro, non adulteraverit, nec spe hujus conjugii virum hujus mulieris interfecerit... Ut nullum tale conjugium fieri inter hujusmodi personas permitteretur, nisi prius vir et mulier innocentes esse ab adulterio et homicidio districta examinatione probarentur. » — Il est probable, d'après la première phrase, qu'Yves songeait à une disculpation par le serment et les cojurants ou par le *judicium Dei*.

l'empêchement eut été admis et réglementé par une série de décrétales [1], il subsista des incertitudes sur ce point. L'opinion qui paraît l'avoir emporté, est celle de Johannes Andreæ et de Panormitanus, qui faisait une distinction. Si l'on prouvait une machination de l'homme et de la femme ayant amené la mort de l'époux, cela suffisait pour que l'empêchement dirimant existât, l'adultère étant en quelque sorte présumé par là même. Si, au contraire, un seul d'entre eux avait trempé dans la machination, il était nécessaire, mais suffisant, que l'on démontrât de plus entre eux des relations adultères [2]. Dans cette opinion, l'époux qui tuait son conjoint afin de se rendre libre et de pouvoir contracter avec une tierce personne, mais sans que celle-ci fût complice de l'attentat ou eût entretenu avec lui des relations adultères, pouvait valablement contracter cette nouvelle union. Il y avait bien, dans ce cas, un empêchement prohibitif, car il était défendu en général à l'époux qui avait tué son conjoint de contracter un nouveau mariage, mais il n'y avait pas d'empêchement dirimant [3].

Ce que la doctrine exigeait encore généralement, c'est que la *machinatio* dirigée contre l'époux eût réellement produit son effet, et que celui-ci eût été tué; une tentative manquée ne suffisait pas, quoique les autres conditions fussent réunies, pour produire l'empêchement dirimant. L'opinion contraire, qui semblait raisonnable, avait, il est vrai, été soutenue [4]; mais elle était généralement repoussée. Panormitanus en donnait ce

1. C. I, X, *De conv. infid.*, III, 33; c. I, 3, X, *De eo qui duxit*, IV, 7.

2. Panormit., sur c. I, X, *De eo qui duxit*, n° 3 : « Varia sentiunt doctores super hoc. Sed mihi placet opinio quam tenet ibi Jo(annes) An(dreæ) ut sine adulterio requiratur machinatio utriusque; puta si conjux machinatur in mortem mariti cum extraneo ut illum possit habere in virum secuta morte, non potest esse inter eos matrimonium. Si vero intervenit machinatio alterius tantum, non impedit matrimonium nisi sit conjuncta cum adulterio. »

3. Panormit., sur c. I, X, III, 33, n° 8 : « Si autem non intercessit prius adulterium, licet impediatur matrimonium, ut in c. *Interfectores* (C. XXXIII, qu. 2) non tamen probatur in jure quod contractum dirimatur. »

4. Glose sur c. III, X, IV, 7, v° *Machinata* : « Intellige cum effectu, quia verba sunt cum effectu accipienda. Quidam tamen dicunt quod sufficit conatus sine effectu. »

motif, qu'il s'agissait d'un empêchement de droit positif et arbitraire et qu'il ne fallait point, par une interprétation extensive, le faire prévaloir contre le droit naturel et divin, qui est la liberté du mariage [1].

Disons en terminant, que, même ainsi restreint, cet empêchement ne s'était point fait recevoir sans soulever certains scrupules. Une objection était tirée du mariage du roi David avec Bethsabé, lequel, d'après la Bible, s'était accompli exactement dans ces conditions et cependant avait été valable [2]. Yves de Chartres l'écartait en disant que, depuis ce temps reculé, on avait constaté combien le genre humain est enclin au mal, et, par suite, on avait redoublé de sévérité [3]. Gratien disait que l'Ancien Testament permettait bien des choses à raison de l'infirmité humaine, qui, depuis, ont été défendues par la loi évangélique, comme par exemple le divorce; ou, encore, que l'histoire de David n'avait ici qu'une valeur mystique et figurative [4].

2° Le deuxième cas où l'adultère qualifié devient un empêchement dirimant a été prévu pour la première fois par le concile de Tribur de 895 [5]. On suppose que l'époux adultère a

1. Panormit., sur c. III, V, IV, 7, n° 4 : « Et sic sentit Joan(nes) Andr(eæ) quod machinatio sola sine effectu non impedit matrimonium cum adultera, quod satis mihi placet, quia cum illud sit impedimentum juris positivi non debet ita laxari ut restringatur facultas contrahendi matrimonium contra dispositionem juris divini. »

2. Yves de Chartres, *ep. CLXX*, p. 291 : « Sic enim David, de quo dicitur nemo sanctior David, patrato adulterio et homicidio, postquam ei dictum est, acta pœnitentiâ : Dimissum est tibi peccatum tuum, uxorem Uriæ retinuit in conjugium. »

3. *Loc. cit.* : « Sed posteriorum diligentia experta proclive esse humanum genus ad lapsum, et quia in hujusmodi casibus uni parcere nihil aliud est quam multos in discrimen adducere, severissime sanxit ut nullum tale conjugium fieri inter hujusmodi personas permitteretur. »

4. *Dictum* sur c. VII, C. XXXI, qu. 1 ; et la glose, v° *Significatione* : « David enim interpretatur manu fortis, id est Christus... Urias : Lux mea Deus, et significat Diabolum qui transfert se in Angelum lucis... quem etiam Deus superavit... Betsabee interpretatur puteus et significat Ecclesiam gentilium quæ hausit dona septiformis gratiæ et Christo copulata est, cum prius adhæreret Uriæ, id est Diabolo per cultum idolatriæ. »

5. C. IV, C. XXXI, qu. 1.

donné à son complice ou reçu de celui-ci une promesse jurée de mariage, *fides data*, dont l'effet, bien entendu, ne pourra se produire que s'il devient libre par la mort de son conjoint. On présume, ou du moins on redoute ici, chez les coupables, l'intention de hâter cet événement, et, comme mesure préventive, ou comme peine, on les déclare à jamais incapables de s'unir en légitime mariage, alors même que la nature seule aurait amené la mort du conjoint.

Pour que l'empêchement dirimant existe, trois conditions sont nécessaires. Il faut, d'abord, une promesse de mariage entre l'époux et une tierce personne[1] : beaucoup de docteurs ne se contentaient pas d'une simple promesse et exigeaient une promesse jurée. Depuis le concile de Tribur, les textes, en effet, parlaient toujours de *juramentum*, de *fides data* ; mais on pouvait cependant expliquer ce langage par cette remarque, qu'en fait, les fiançailles étaient presque toujours corroborées par un serment[2].

Il faut, en second lieu, des relations adultères entre l'époux et le tiers auquel il est uni par une promesse de mariage. C'est la simultanéité de ces deux éléments qui crée le danger, et, par suite, l'empêchement[3]. Peu importait, d'ailleurs, l'ordre dans lequel les deux faits s'étaient succédé, pourvu que l'un et l'autre se fussent placés du vivant de l'époux prédécédé.

Il faut, en troisième lieu, que la tierce personne qui a donné ou reçu la promesse de mariage sache qu'elle contracte avec une personne mariée. Si elle était de bonne foi et croyait celle-ci libre de tout lien, l'empêchement n'existerait pas, bien que les deux premières conditions fussent remplies[4]. Si,

1. C. VI, X, *De eo qui duxit*, IV, 7.

2. Voyez ci-dessus, p. 149.

3. C. VIII, X, *De eo qui duxit*, IV, 7. D'après un passage du *Registre de Cerisy*, il semblerait que la volonté, l'intention de l'adultère fût suffisante ; n° 58 : « Constante matrimonio inter ipsam Caterinam (relictam Sansonis) et dictum Sansonem, similiter consenserant aut alias de facto sponsalia contraxerant *et adulterium in mente commiserant.* » Mais, dans l'hypothèse, l'empêchement ne fut pas reconnu bien fondé.

4. C. I, X, *De eo qui duxit*, IV, 7.

cependant, avant la mort du conjoint, elle apprenait le réel état des choses, et continuait ou établissait néanmoins des relations avec l'époux qui avait reçu sa promesse, cela suffisait pour que l'empêchement prît naissance [1].

Le concile de Tribur et les Décrétales du XII^e^ siècle, qui en confirmèrent la décision, parlaient toujours et uniquement d'une promesse de mariage, *fides data*, jointe à l'adultère. Fallait-il y assimiler le cas où l'audace avait été poussée plus loin encore, et où un époux contractait mariage, du vivant de son conjoint, avec un tiers qui agissait en pleine connaissance de cause? On en douta d'abord, et Bernard de Pavie, dans cette seconde hypothèse, décidait qu'il ne naissait pas d'empêchement dirimant, et que le mariage était possible entre l'époux, devenu libre sans crime, et son complice. Il se fondait sur la lettre des textes et sur cette considération que le second mariage, étant radicalement nul à l'époque de sa conclusion, présentait moins de dangers qu'une promesse de mariage [2]. Mais cette opinion ne devait pas prévaloir. De bonne heure on avait dit : il est plus grave encore de contracter mariage du vivant du conjoint que de promettre simplement mariage. L'assimilation entre les deux actes fut législativement établie par une décrétale de Grégoire IX [3].

1. Panormit., sur c. 1, X, IV, 7, n° 3 : « Aut cum contractu matrimonii fuit mixtum adulterium, et tunc aut cum ignorante, et potest inter eos esse matrimonium post mortem conjugis, ut est casus hic, et intellige quod superinducta ignoravit toto tempore ante mortem primæ uxoris. Si autem certiorata de vita primæ conjugis permisit se cognosci ab illo viro, non potest amplius eum habere in maritum; ad hoc c. fin. eodem titulo, et sequuntur communiter doctores. »

2. Bern. Pap., *Summa*, p. 151 : « Si vero quæratur de eo qui, sua uxore relicta, aliam sibi conjugis nomine copulavit, et, defuncta prima, vult habere secundam, variæ super hoc inveniuntur doctorum opiniones. Quidam enim dicunt id fieri non posse propter istam prohibitionem; plus enim est, ut aiunt, desponsare quam fidem dare... Mihi autem, absque melioris sententiæ præjudicio, dicendum videtur quod, accepta de adulterio pœnitentia, de novo eam accipere potest. Quod autem objicitur, plus est desponsare, dico re vera plus esse quantum ad vinculum conjugale, cæterum in hoc casu plus nocet fidem dare, quam desponsare, propter improbabile votum captandæ mortis alienæ. »

3. C. VIII, X, *De eo qui duxit*, IV, 7.

L'adultère qualifié était le seul *crimen* dans lequel les canonistes classiques reconnussent un empêchement de mariage. Il en était un autre pourtant, pour lequel la question s'était sérieusement posée de savoir s'il ne fallait pas lui attribuer le même caractère : c'était le *rapt*.

Le rapt avait été très sévèrement puni par les lois romaines du Bas-Empire, probablement sous l'influence de l'Église. La peine était généralement la peine de mort, et, de plus, ni la fille enlevée, ni ses parents, ne pouvaient consentir à son mariage avec le ravisseur; un tel mariage était radicalement nul[1].

Le droit canonique, influencé par le droit romain, semble d'abord avoir proclamé lui-même, dans ce cas, la prohibition du mariage[2]. Après la chute de l'empire romain, lorsque commença une ère de violences qui devait aller toujours en s'accentuant jusqu'au x^e^ siècle, une réaction de l'Église contre les rapts fréquents était bien naturelle, et les écrits d'Hincmar de Reims en portent témoignage[3].

Mais une tendance contraire se manifesta de bonne heure et reçut son expression dans les écrits des Pères de l'Église. Elle trouva un solide appui dans certaines dispositions de la loi judaïque, qui, par une survivance des coutumes primitives, considérait même le rapt comme une façon de contracter mariage, lorsque le père de la fille enlevée consentait après coup[4]. Cette seconde tendance devait l'emporter; elle était en

1. L. 1, *C. Th.*, *De raptu virg.*, IX, 24; L. 1, *C. J.*, *De raptu virg.*, IX, 13.

2. C. x, xi, C. XXXVI, qu. 2; *Dictum* sur c. x : « Hac auctoritate Meldensis concilii non permittitur raptori raptæ post pœnitentiam copulari; sed permittitur utrique post pœnitentiam legitimo conjugio copulari, ut rapta non videlicet raptori sed alii post pœnitentiam nubat... Non ergo hac auctoritate raptor probatur in conjugium raptam posse accipere. Potius invenitur in concilio apud Aquisgranum habito, quod nec etiam voluntate parentum ad invicem possint copulari. »

3. Hincmar, *De coercendo raptu viduarum, puellarum et sanctimonialium* (Migne, t. CXXV, p. 1007 et suiv.).

4. C. ix, viii, C. XXXVI, qu. 2; c. viii : (*Hieron.*) « Tria legitima conjugia in scripturis leguntur... Secundum virgo in civitate deprehensa a viro et illi per vim copulata; si voluerit pater ejus dotabit eam iste vir, quantum judicaverit pater, et dabit pretium pudicitiæ ejus. »

conformité avec l'esprit du droit canonique, qui le porte à favoriser le mariage partout et quand même. L'enlèvement d'une jeune fille a été, de tout temps, le moyen romanesque, mais efficace, pour unir deux amants malgré l'opposition des parents.

C'est dans le sens de la validité du mariage entre la fille et son ravisseur que se prononce Gratien. Mais, conformément à sa théorie générale sur la puissance paternelle quant au mariage[1], il assure à celle-ci certaines garanties contre le rapt. Il donne du rapt une définition qui devait rester classique, et d'après laquelle le *raptus* existe dès qu'une fille est enlevée contre la volonté de ses parents, quand bien même elle consentirait à cet enlèvement[2]. D'autre part, Gratien décide que le mariage n'est possible entre la fille et le ravisseur qu'autant que le père donne son consentement[3]. Mais le droit canonique ne s'arrêta pas là : il alla plus loin, et cela était logique, lorsqu'il eut admis que le consentement des parents n'était jamais nécessaire pour la validité du mariage. On décida d'un côté qu'il n'y avait jamais rapt, quoique l'enlèvement fît violence aux parents, si la jeune fille enlevée était déjà la fiancée du ravisseur; et cette règle se résuma en un axiome : *Non fit raptus propriæ sponsæ*. Or, en droit, les fiançailles avaient parfaitement pu intervenir valablement sans le consentement des parents[4]. D'autre part, alors même que, cette condition manquant, il y avait rapt, *jure canonico*, on admit que la fille enlevée pourrait valablement épouser son ravisseur,

1. Voyez ci-dessus, page 156.

2. *Dictum* sur c. II, C. XXXVI, qu. 1 : « Raptus admittitur cum puella violenter a domo patris abducitur ut corrupta in uxorem habeatur, sive puellæ solummodo, *sive parentibus tantum*, sive utrisque vis illata constiterit. »

3. *Dictum* sur c. XI, C. XXXVI, qu. 2 : « Hæc auctoritas non præjudicat auctoritati Hieronymi, maxime cum illa testimonio divinæ legis nitatur. Legitime igitur post pœnitentiam peractam raptor poterit sibi copulare quam rapuit, nisi pater puellæ illam raptori detrahere voluerit. »

4. C. VI, X, *de rapt.*, V, 17, et Panormitanus sur ce chapitre, nº 4 : « Concludo ergo quod ubi tractatus de nuptiis non præcessit, raptus semper dicitur committi sive puella consenserit, sive non. Sed ubi præcessit tractatus et pro matrimonio contrahendo fuit abducta, tunc de jure canonico non committitur raptus, quia matrimonium debet esse liberum, et puella non poterat libere

de son seul consentement, pourvu que ce consentement fût libre [1]; et même on se contentait de sa part d'un consentement tacite [2].

SECTION QUATRIÈME.

Les empêchements prohibitifs.

L'école des canonistes classiques n'a jamais dressé une liste complète et fixe des empêchements prohibitifs comme elle l'avait fait pour les empêchements dirimants. Les empêchements simplement prohibitifs avaient, en général, peu d'importance pour le *forum externum*, dans un système où le mariage était un contrat purement consensuel. Beaucoup d'entre eux étaient exposés en même temps que des empêchements dirimants dont ils étaient l'affaiblissement, ou au milieu de théories avec lesquelles ils faisaient corps. C'est ainsi que nous avons déjà rencontré sur notre route, et expliqué par là même, un certain nombre d'empêchements prohibitifs, ceux provenant des fiançailles [3], du vœu simple [4], du *catechismus* [5]; ceux enfin qui existèrent à une certaine époque, à raison de la parenté ou de l'alliance [6]. Il reste à parler de deux empêchements prohibitifs spéciaux, l'*interdictum Ecclesiæ* et le *tempus feriarum* [7], et à en indiquer, pour terminer, toute une catégorie qui repose sur l'idée de délit ou de péché.

contrahere in domo parentum, eis reniitentibus. Unde. jus canonicum consideravit libertatem matrimonii. Jus vero civile consideravit delictum raptoris et deceptionem mulierum, unde habuerunt diversos respectus. »

1. C. VII, X, *De rapt.*, V, 17.

2. Panormit., sur c. VII, X, V, 17, n° 2 : « Sed quæro numquid sufficiat tacitus consensus ad inducendum matrimonium inter istos? Doctores quod sic et bene. »

3. Page 141.

4. Page 275 et suiv.

5. Page 374.

6. Pages 348, 351, 380.

7. Ils étaient rappelés dans ces deux vers mnémotechniques (Hostiensis, *Summa*, p. 349) :

> Ecclesiæ vetitum necnon tempus feriarum
> Impediunt fieri, permittunt facta teneri.

I

On entendait par *interdictum Ecclesiæ*, non pas les prohibitions de mariage édictées par l'Église en forme de loi générale, mais une défense spéciale, adressée par l'autorité ecclésiastique à un fidèle, de contracter mariage avec telle personne déterminée jusqu'à ce que la défense eût été levée. Une semblable défense reposait sur l'existence soupçonnée d'un empêchement dirimant ou prohibitif. Pour être valable, elle devait émaner du juge compétent pour statuer sur les causes matrimoniales, c'est-à-dire, en principe de l'évêque, parfois de l'archidiacre, de l'archiprêtre, lorsqu'ils avaient acquis cette juridiction par prescription, ou lorsqu'ils en avaient reçu la délégation de l'évêque[1]. C'était un point discuté, cependant, que de savoir si le curé de la paroisse à laquelle appartenaient les époux, ou l'un d'eux, ne pouvait pas valablement lancer l'*interdictum*[2].

En supposant la défense valable, quel en était l'effet? On pensa d'abord qu'elle devait constituer un empêchement dirimant, et rendre nul le mariage de ceux qui avaient passé outre. Tel était le sentiment de Bernard de Pavie : dans sa *Summa de matrimonio*, il invoquait, dans ce sens, le respect dû à l'Église

1. Bern. Pap., *Summa*, p. 181 : « Tale autem interdictum facere potest is solus qui habet potestatem de matrimoniis cognoscendi et diffiniendi, ut episcopus, archidiaconus, vel archipresbyter. » — Hostiensis, *Summa*, p. 380 : « Cum enim matrimonium magnum sit sacramentum in Ecclesia Dei, non potest de ipso cognoscere jure communi nisi sit episcopus ; sed quæstiones super eo motæ ad eum proferendæ vel ad officialem suum qui vocatur missus, vel ab eo specialem delegatum, sed et capitulum, archidiaconus, archipresbyter, abbas vel alius minister Ecclesiæ ex speciali mandato episcopi vel consuetudine præscripta hoc potest aliter non. »

2. Bern. Pap. *Summa*. p. 181 : « Non autem credo quemlibet capellanum tale posse facere interdictum, nisi hoc faceret auctoritate illius ad quem spectat : ceterum denuntiare potest factum ab ecclesiastico judice interdictum. » — Hostiensis, *Summa*, p. 380 : « Ergo non potest fieri interdictum, nisi ab eo qui de ea causa cognoscere potest secundum Da (?). Sed male dixit quia et a parrochiali sacerdote fieri potest, ut patet, c. x, *De cland. desp.*, IV, 3. »

et des textes assez nombreux [1], mais déjà il constatait que la coutume de l'Église romaine était en sens contraire [2]. Cependant, l'idée de voir là un empêchement dirimant ne fut point absolument abandonnée par lui ou par d'autres. Dans sa *Summa decretalium*, il indique plusieurs distinctions proposées. D'après les uns, si l'interdiction avait été publique, elle annulait le mariage par elle-même ; elle ne constituait, au contraire, qu'un empêchement prohibitif, si elle avait été secrète [3]. D'autres distinguaient la simple défense de contracter, qui n'aurait constitué qu'un empêchement prohibitif, et la défense faite expressément, à peine de nullité pour le cas où elle serait violée, qui aurait constitué un empêchement dirimant [4]. Mais aucune de ces distinctions ne prévalut. La doctrine qui triompha fut que jamais, par lui-même, l'*interdictum Ecclesiæ* ne pouvait constituer un empêchement dirimant, et cela en vertu de cette considération que le mariage est un grand sacrement qui ne doit point être annulé à la légère. Si la raison pour laquelle la défense avait été émise était un empêchement dirimant, dont l'existence était postérieurement démontrée, le mariage contracté au mépris de cette défense était sûrement nul, mais la nullité dérivait de l'empêchement dirimant, et non de la défense [5]. Cependant, l'*interdictum Ecclesiæ* n'était pas dé-

1. Page 304 : « Quod enim contra interdictum Ecclesiæ factum est ratum non haberi tam divinæ quam humanæ legis auctoritas proclamat, ut ex decreto Cœlestini papæ misso Ecclesiæ Florentinæ, ex quo capitulo manifeste colligi videtur quod sint perpetuo separandi, cum dicat non esse inter eos matrimonium. Confirmatur hoc idem ex c. I, C. XXX, qu. 5, et c. IV, C. III, qu. 4, et c. XIII, C. XXV, qu. 2, et c. X, D. X. »

2. Page 304 : « Verum quia Romanæ consuetudo Ecclesiæ sentit in contrarium, non enim eos nisi ad tempus separat, ejus consuetudinem veneror penes quam est canones interpretandi potestas.

3. Bern. Pap., *Summa decret.*, p. 181 : « Fit autem pluribus modis; nam aliquando secreto, aliquando publice; et ubi secreto, impedit matrimonium contrahendum, sed non dirimit contractum; ubi autem publice, etiam dirimit contractum. »

4. Bern. Pap., *Summa*, p. 181 : « Alii sic distinguunt : quandoque interdicit matrimonium et interminat divortium si contra fiat, quandoque tantum interdicit matrimonium; primo casu separat contractum, secundo nequaquam. »

5. Gofredus, *Summa*, p. 188 : « Illud interdictum non sufficit ad irritationem

pourvu de toute sanction. S'il avait été violé, et que, cependant, il n'y eût dans l'espèce aucun empêchement dirimant, le mariage était valable, mais les contrevenants étaient frappés d'une pénitence, et en particulier la juridiction ecclésiastique pouvait séparer les époux, non seulement *pendente lite*, mais encore après, pendant un certain temps, et à titre de peine [1].

Lorsque l'*interdictum* émanait du pape et était accompagné d'un *decretum* irritant, on se demandait, cependant, s'il ne constituait pas un empêchement dirimant. Le pape, en effet, avait pour le droit canonique le pouvoir législatif, et il pouvait valablement, par une constitution générale, annuler tous les mariages qui violeraient certaines règles : ne pouvait-il pas user du même pouvoir, par décision individuelle, à l'égard d'un mariage déterminé [2] ?

II

Le 52e Canon du concile de Laodicée paraît être la première disposition qui ait défendu de célébrer les mariages pendant la *quadragesima*; encore semble-t-il seulement dé-

matrimonii etsi contra interdictum facientibus pœnitentia imponatur, nisi subsit causa perpetua et tunc matrimonium irritabitur non propter interdictum sed propter causam, quæ si non subsit, etsi contra interdictum contrahi non debeat, non tamen est conveniens ut ob id solum sacramentum conjugii dissolvatur. » — Cf. Hostiensis, p. 380, v°; Panormit., sur, c. I, II, III, X, *De matrim. contra interd.*, IV, 18. — La *perpetua causa* dont parlent tous les canonistes c'est l'empêchement dirimant. L'empêchement prohibitif, bien qu'il n'apparaisse pas comme limité à une certaine durée, n'est pas perpétuel de sa nature, car il cesse par le fait du mariage contracté.

1. Hostiensis, *Summa*, p. 380 : « Non propter hoc solum quod matrimonium contra interdictum Ecclesiæ contractum est dirimendum; sed tamen pœnitentia injungi debet de inobedientia, et, ne præceptum Ecclesiæ illusorium videatur, ad tempus potest separari matrimonium et utrique interdici carnalis copula, si tamen uterque habuit malam fidem. »

2. Hostiensis, *Summa*, p. 380 : « Mihi videtur in questione quod recurrendum sit ad intentionem papæ, quia ex causa reddit personas inhabiles ad contrahendum. Nam sicut generalem super hoc condit constitutionem, sic specialem et personalem. Si ergo intendit quod matrimonium contra interdictum factum non valeat, nullum esse judicabo. »

fendre les réjouissances qui les accompagnent[1]. Cette tradition s'enracina, s'élargit, se précisa. Elle est confirmée par le pape Nicolas dans sa réponse aux Bulgares[2], et, de bonne heure, on avait étendu la prohibition en défendant de célébrer les mariages depuis la Septuagésime jusqu'à l'octave de Pâques, dans les trois semaines qui précèdent la fête de saint Jean-Baptiste, et depuis l'Avent jusqu'après l'Épiphanie[3]. C'est la règle que reproduit au XII^e^ siècle Bernard de Pavie[4].

Quelle était la portée de cette défense? Certains avaient pensé qu'elle entraînait un empêchement dirimant. C'étaient sans doute ceux qui attribuaient la même force à l'*interdictum Ecclesiæ*[5]. Mais, de plus, il y avait un texte qui semblait commander cette solution : un Canon, authentique ou apocryphe, du concile d'Ilerda ordonnait la séparation de ceux qui avaient contrevenu[6]. Mais cette interprétation fut abandonnée : on admit que le mariage restait pleinement valable, quoique contracté pendant le *tempus feriarum*; on entendit le *separentur* du concile d'Ilerda dans le sens d'une séparation purement temporaire, prononcée par le juge ecclésiastique comme peine de la contravention[7]. Le *tempus feriarum*

1. C. VIII, C. XXXIII. qu. 4 : « Non oportet in Quadragesima aut nuptias vel quælibet natalia celebrare. » Pas plus qu'il n'entendait défendre les baptêmes, le concile n'entendait ici prohiber les mariages; ce qu'il défendait de part et d'autre, c'étaient seulement les festins et les réjouissances.

2. C. XI, C. XXXIII, qu. 4.

3. C. X, C. XXXIII, qu. 4. Ce canon est attribué par Gratien comme par Burchard à un concile d'Ilerda de l'année 524 ou 546.

4. *Summa de matr.*, p. 363 : « Tempus feriarum est ab Adventu Domini usque ad Epiphaniam et a Septuagesima usque in octavam Paschæ et tribus hebdomadibus ante nativitatem S. Joannis Baptistæ, in quibus temporibus non licet ob reverentiam dierum nuptias contrahere. »

5. Glose, *Dictum* sur c. VII, C. XXXIII. qu. 4, V^is^ *Hinc etiam* : « Hic agit de illo impedimento quod dicitur tempus feriarum, de quo dicunt quidam quod impedit contractum, quia contrahitur contra constitutionem Ecclesiæ. »

6. C. X, C. XXXIII, qu. 4 : « Quod si factum fuerit, separentur. »

7. Bern. Pap., *Summa de matr.*, p. 304 : « Et nota quod cum canon simpliciter dicat « separetur », Ecclesiæ tamen consuetudo, quæ est optima interpres legum et canonum, non habet ut separetur nisi ad tempus. » — Glose sur c. X, C. XXXIII, qu. 4, V° *Separentur*.

ne constituait donc qu'un empêchement prohibitif[1]. On se demandait même s'il avait bien véritablement ce caractère. Beaucoup tenaient qu'en réalité, pendant le temps visé, la conclusion du mariage n'était point défendue par l'Église; ce qui seulement était défendu, c'étaient les réjouissances et solennités du mariage, et peut-être aussi sa consommation[2]; et la plus ancienne tradition était certainement dans ce sens. D'autres pensaient que c'était bien la conclusion même du mariage qui était défendue. Ils raisonnaient ainsi : l'Église, tout en tenant pour valable le mariage dès qu'il était contracté par paroles de présent, ordonnait cependant aux fidèles de ne contracter que sous son autorité, *in facie Ecclesiæ*; or elle ne se prêtait point à la célébration des mariages pendant le *tempus feriarum*[3].

III

Beaucoup de textes, insérés au *Corpus juris canonici* et remontant à des époques très diverses, prononcaient contre certaines personnes l'interdiction perpétuelle ou temporaire de contracter mariage, comme peine d'un crime ou d'un péché qu'elles avaient commis. Certainement, dans plus d'un cas, la

1. Hostiensis, *Summa*, p. 145 : « Licet matrimonium quolibet die contractum per verba de præsenti, consensu legitimo interveniente, sit firmum, tamen a LXX usque ad VII diem post Pentecosten secundum consuetudinem ecclesiasticam, sive post octavam Pasce secundum canones, fieri non sinuntur. »

2. Gofredus, *Summa*, p. 188 : « In summa notandum est quod tempore feriarum non interdicitur contractus matrimonii, quod solo consensu contrahitur... sed interdicitur solemnitas nuptialis; interdicitur et traductio solemnis. Addit frater Ray(mundus) in sua summa de copula carnali forte inhærens canonibus dicentibus quod tempore orationis non debet quis cognoscere uxorem suam. »

3. Hostensis, *Summa*, p. 380 : « Ego puto quod hodie et consensus et solemnitas interdicantur. Nam his diebus non interponet Ecclesia auctoritatem suam sicut de facto servari videmus nec sine autoritate Ecclesiæ est matrimonium contrahendum; alias pœnam habet et clandestinum judicatur. Et sic per consequens omnia sequentia prohibentur, licet matrimonium teneat si contrahatur. »

pensée originale contenue dans ces textes avait été de rendre le mariage impossible et nul ; mais ces prohibitions n'avaient point pu se faire recevoir parmi les empêchements dirimants, lorsqu'on en arrêta la liste ; elles ne constituaient donc que des empêchements prohibitifs. Il faut même ajouter que, plus d'une fois, les autorités qui avaient édicté ces prohibitions avaient déclaré elles-mêmes qu'on devrait les faire céder, lorsque l'incontinence était trop à craindre de celui que l'on condamnait au célibat. D'autres, parmi ces prescriptions, se rapportaient à une discipline tombée en désuétude, à des mœurs qui n'étaient plus. Aussi les canonistes classiques, pour certaines de ces hypothèses, se demandaient-ils si elles constituaient encore des empêchements, même simplement prohibitifs. Quoi qu'il en soit, voici la liste de ces prohibitions [1].

1° L'inceste avait été considéré à une certaine époque comme un empêchement dirimant, qui annulait tout mariage contracté postérieurement par le coupable[2]. Il perdit ce caractère ; mais il subsista contre le mariage de l'incestueux un empêchement prohibitif, dans le cas au moins où l'inceste se compliquait d'un adultère [3].

2° Le mari qui tuait sa femme ne devait plus contracter mariage, à moins que le meurtre ne fût excusable [4].

3° La peine du célibat était aussi prononcée contre le meurtrier d'un prêtre [5] ;

1. Hostiensis, *Summa*, p. 348 : « Sunt et alia quædam crimina quæ impediunt sed non dirimunt. Unde versus :

> Incestus, raptus, sponsatæ mors uxoris,
> Susceptus propriæ sobolis, mors presbyteralis,
> Vel si pœniteat solemniter, aut monialem
> Accipiat, prohibent hæc conjugium sociandum. »

Cf. glose sur c. II, X, *De pœnit.*, V, 38, vis *Sine spe.*

2. Voyez ci-dessus, page 208.

3. C. XX, C. XXXII, qu. 7.

4. C. V, C. XXXIII, qu. 2 ; c. I, X, *De divort.*, IV, 19, et Panormitanus sur ce texte. Le Canon 5, C. XXXIII, qu. 2, permettait même dans ce cas aux jeunes gens de se remarier, par crainte de l'incontinence.

5. C. II, X, *De pœnit.*, V, 38.

4° Contre le ravisseur de l'épouse ou de la fiancée d'autrui [1];

5° Et contre celui qui épousait une religieuse [2].

6° L'époux qui, par malice, pour rendre impossible la prestation du devoir conjugal envers son conjoint, tenait au baptême l'enfant de celui-ci, était déclaré incapable de contracter une nouvelle union [3]. Mais cette prohibition se rapportait au temps où un acte semblable entraînait la dissolution du mariage, ou, tout au moins, la cessation des rapports conjugaux; elle n'avait plus sa raison d'être dans le dernier état du droit, le conjoint conservant tous ses privilèges [4].

7° La règle s'introduisit de bonne heure dans l'Église que les fidèles soumis à une pénitence publique et solennelle ne devaient point contracter mariage, non seulement tant que durait la pénitence, mais même après [5]. Mais c'était là une règle bien sévère, impossible à appliquer. Aussi, à mainte reprise, l'Église reconnut qu'il fallait autoriser les pénitents à contracter mariage après leur pénitence, surtout lorsqu'il s'agissait des jeunes gens [6]. Les recueils canoniques, et spécialement le décret de Gratien enregistrèrent les textes contenant la règle et les exceptions, et les décrétistes durent se demander quelle valeur ils avaient encore. Hugutio décidait qu'en principe le caractère de pénitent n'entraînait pas par lui-même l'interdiction de contracter mariage; dans trois cas seulement, à raison des crimes qui avaient motivé la pénitence, la prohibition existait [7]. D'autres faisaient une liste plus longue conte-

1. C. XXXIV, C. XXVII, qu. 2.

2. C. XIII, C. XXVII, qu. 1.

3. C. V, C. XXX, qu. 1.

4. Voyez ci-dessus, page 370.

5. C. XII et suiv., C. XXXIII, qu. 2, et *Dictum* sur c. XI, *in fine* : « De pœnitentibus quoque quæritur an eis generaliter post peractam pœnitentiam conjugia concedantur. Generaliter enim canonica auctoritate prohibentur pœnitentes ad sæcularem militiam redire vel matrimonia contrahere. »

6. C. XIII et suiv., C. XXXIII, qu. 2, et *Dictum* sur c. XII : « Sed quia timore... nonnulli ad pœnitentiam accedere negligunt... ideo auctoritate canonica permittitur eis vel contracta matrimonia retinere, vel alia contrahere. »

7. Glose, *Dictum* sur c. XI, C. XXXIII, qu. 2, v° *Pœnitentibus* : « H(ugutio) vero dicit quod pœnitens potest contrahere nisi tantum in tribus casibus, puta

nant cinq cas, mais cette liste ne comprenait que des crimes ou péchés indiqués précédemment comme constituant par eux-mêmes des empêchements au mariage [1]. Il résultait de là que, dans la doctrine des décrétistes, la pénitence avait cessé à elle seule de créer un empêchement même prohibitif. La même glose, où nous puisons ces renseignements, nous apprend encore que, dans ces divers cas, comme je l'ai indiqué plus haut, certains docteurs avaient vu des empêchements dirimants, mais que cette opinion avait été abandonnée [2].

Il faut remarquer que sur la liste des empêchements prohibitifs du droit canonique ne figure pas une prohibition qu'avait édictée le droit romain et qu'a reprise à peu près notre droit civil : c'est la défense faite à la femme de se remarier avant l'expiration de l'année (chez nous avant le délai de dix mois) qui suit la dissolution du mariage [3]. Les *libri pœnitentiales* la reproduisent cependant [4]; mais au IX^e^ siècle elle est tombée en désuétude, car le concile de Paris de 829, c. XLIV, ordonne seulement à la veuve d'attendre, pour convoler, trente jours après la mort de son mari, et le *Capitularium* d'Anségise reproduit cette disposition en frappant de l'amende de 180 sous celui

pro uxoricidio, vel nisi injunctum hoc sit ei nomine pœnitentiæ vel pro raptu sponsæ alterius, vel pro incestu. Adhuc tamen excepit adolescentes qui, ut dicit, de jure communi possunt contrahere. Ideo autem in tribus his casibus prohibetur, quia in his contaminatur matrimonium. »

1. Glose citée : « Alii tamen ponunt quinque casus, in quibus post solemnem pœnitentiam non licet contrahere. Unus est pro incestu, item pro uxoricidio, item pro raptu sponsæ alterius, item pro concubitu cum moniali, item pro homicidio presbyteri, item pro eo qui dolose suscepit filium de sacro fonte. »

2. Glose citée : « Et dicunt quidam quod si isti contrahant, non tenet matrimonium. Si tamen tales sint qui non possunt continere, de licentia episcopi possunt contrahere et consensus facit matrimonium talium tenere. Alii dicunt matrimonium talium tenere licet prohibeatur, nisi apponatur in constitutione, quod si contraxerint separentur : quod credo verum. »

3. LL. 10, 11, D., *De his qui not.*, III, 2.

4. *Pœnitentiale Theodori* (édit. Wasserschleben), II, 12, § 9 : « Muliere mortua, licet viro post mensem alteram suscipere; mortuo viro, licet mulieri post annum alterum tollere virum. » Cf. *Greg.*, 176, *Dacher*, 106.

qui épouse une veuve avant l'expiration de ce délai [1]. Regino reproduit Anségise [2].

Avec la renaissance des études de droit romain, la prohibition devait reparaître. Elle paraît même s'être fait momentanément recevoir, car elle est visée dans un texte inséré à la *Compilatio prima* et attribué à un concile de Worms [3]. Mais une décrétale d'Alexandre III condamna cette résurrection du droit romain. Le pape, rappelant les paroles de l'apôtre, déclare que la veuve reprend sa liberté dès la mort de son mari et peut épouser qui bon lui semble : il déclare en même temps abrogée la note d'infamie qui, d'après le droit romain, punissait le mariage de la femme dans l'année de deuil [4]. Cela était parfaitement dans la logique du système canonique, qui, pour d'autres raisons, poussait au mariage avec plus d'instance encore que ne l'avaient jadis fait les lois caducaires.

1. L. IV, c. XVII : « Qui viduam intra primos XXX dies viduitatis vel invitam *vel volentem* sibi copulaverit bannum nostrum id est LX solidos in triplo componat. »

2. *De synod. causis*, II, 190.

3. C. I, *Comp. prima*, *De divort.*, IV, 20 : « Mulieres vero cum pro aliqua licita causa a propriis viris fuerint separatæ, totam dotem præcipimus sibi reddi... *et post expletum annum* accipiant alios viros si voluerint : similiter et vir uxorem. » — Cf. Hostiensis, *Summa*, *De sec. nuptiis*, p. 399 v°.

4. C. IV, X, *De sec. nupt.*, IV, 21. — Le passage attribué au concile de Worms par la *Compilatio prima* fut reproduit aux décrétales de Grégoire IX (c. I, X, *De divort.*, IV, 29), mais Raymond de Pénafort supprima les mots *post expletum annum*.

CHAPITRE II

Les actions en nullité et les oppositions.

Les actions en nullité de mariage; leurs caractères généraux. — I. L'*accusatio*: les étrangers et les époux. — II. La *denunciatio* et l'*inquisitio*. — III. L'imprescriptibilité des actions en nullité; la chose jugée. — IV. *Les oppositions au mariage*; la *denunciatio evangelica*; l'opposition proprement dite.

Les actions en nullité de mariage sont la sanction dernière des empêchements dirimants : elles supposent contracté un mariage nul. Les oppositions visent un mariage projeté mais non encore contracté; elles sanctionnent à la fois les empêchements dirimants et les empêchements prohibitifs; pour les premiers, elles constituent une mesure préventive; pour les seconds, elles sont la seule voie de droit par laquelle on puisse les faire valoir.

En employant les mots *actions en nullité*, *oppositions au mariage*, je parle le langage des jurisconsultes modernes, mais non celui des canonistes. Ceux-ci emploient, à la place de ces termes, les mots *accusatio*, *denunciatio* [1]; et ce ne sont pas là dans leur bouche des paroles sans portée, car ils ont organisé ces voies de droit d'après les règles et les formes de la procédure criminelle. Cela paraît bien étrange, et pourtant cela est aisément explicable. Il suffit pour le comprendre

1. C. XXXV, qu. 6 : « Nunc quæritur *quibus accusantibus*... consanguineorum conjunctio dirimenda sit. » — X, IV, 18 : « Qui *matrimonium accusare* possunt. »

de se reporter à l'histoire des juridictions ecclésiastiques, à l'histoire en particulier de la juridiction de l'Église sur le mariage[1]. En dehors des cas où ils statuaient comme arbitres, les évêques, pendant des siècles, n'exercèrent sur les fidèles qu'un pouvoir disciplinaire. Ce n'est qu'à ce point de vue qu'ils pouvaient leur demander compte de leurs actes et statuer sur leurs mariages. Dès lors, toute poursuite, intentée à raison d'un mariage devant la juridiction ecclésiastique, était nécessairement au début une poursuite à fin de répression, une action pénale. De là un phénomène qui se présente également dans d'autres milieux, par exemple dans l'ancien droit romain ; ce qui était au fond droit civil et privé fut sanctionné sous la forme du droit pénal. Lorsque l'Église eut acquis une compétence directe et exclusive pour les causes matrimoniales, elle conserva néanmoins cette terminologie et même la conception fondamentale qu'elle recouvrait ; le droit canonique se contenta d'en répudier certaines conséquences. Il était impossible d'appliquer en semblable matière toutes les règles de la procédure criminelle ; on en écarta un certain nombre sous des prétextes ingénieux. De retouche en retouche, on en arriva à faire prédominer les principes du droit privé sur ceux du droit pénal, si bien que nos actions en nullité de mariage, quoique fort différentes sur bien des points, sont sorties historiquement des *accusationes* du droit canonique. Mais, malgré les transformations, la terminologie canonique subsista. Les canonistes, cependant faisaient remarquer que le mot *accusatio* était employé ici d'une façon impropre ; ils faisaient, à cet égard, un rapprochement ingénieux avec certains textes romains, dans lesquels la *querela inofficiosi testamenti* est qualifiée *accusatio*[2]. Ce rapprochement était même plus exact que ne le soupçonnaient sans doute ceux qui y recouraient, car probablement, à l'origine, la *querela* a eu le caractère d'une accusation posthume

1. Voyez ci-dessus, première partie, chapitre I.

2. Glose sur c. 1, C. XXXV, qu. 5, v° *Accuset* : « Improprie secundum Hug(utium), arg. C. *De inoff. testam.* l. parentibus, ubi ponitur accusare pro agere. »

contre le testateur. L'opinion commune s'arrêta à cette idée que l'*accusatio matrimonii* était une action *mixte* [1].

J'examinerai d'abord les actions en nullité, puis les oppositions.

I

L'action en nullité, ayant été construite sur le type d'une poursuite criminelle, se présente, en droit canonique, sous les trois formes que revêt la procédure criminelle, l'*accusatio*, la *denunciatio*, l'*inquisitio*.

L'*accusatio* canonique suit en général les règles de la procédure accusatoire des Romains, qui lui a servi de modèle. Il en résultait que toute personne en principe, *quivis ex populo*, pouvait l'intenter; d'où la conséquence plus éloignée que toute personne, à moins de se trouver comprise dans une classe d'incapables au point de vue de l'accusation, pouvait faire valoir la nullité d'un mariage [2]. Mais, tout en admettant cette règle, les canonistes arrivèrent ingénieusement à en restreindre la portée.

Ils en écartèrent d'abord l'application dans toute une série d'hypothèses où l'action fut seulement ouverte aux époux. Pour faire le départ, les docteurs du XIII^e^ siècle ne s'attachent pas toujours à la même idée ; mais, au fond, leurs distinctions se ramènent à celle de l'intérêt public et de l'intérêt privé.

L'idée qui paraît dominer, c'est qu'il faut se demander si

1. Glose sur c. 1, C. XXXV, qu. 5, v° *Accuset* : « Nota quod causa matrimonialis non est criminalis, nec civilis, etiam ubi de crimine agitur in foro ecclesiastico, sed mixta. » — C. v, X, *De proc.*, I, 38 : « Hujusmodi accusatio, etsi de crimine fiat, non est tamen criminalis, sed quasi mixta inter civilem et criminalem. » — Dans ce texte il s'agit non d'une action en nullité, mais d'une demande en *divortium*; seulement les principes sont les mêmes.

2. Bern. Pap., *Summa*, p. 184 : « Matrimonium autem accusare possunt omnes qui non prohibentur ad instar popularis actionis, maxime cum hic de periculo animarum agatur. » — Gofredus, *Summa*, p. 190 : « Licet hæc actio vel accusatio sit popularis. » — Innocent IV, sur c. 1, X, IV, 18 : « Quilibet potest accusare matrimonium ad plenum divortium celebrandum. »

la persistance des époux dans un mariage de fait les constitue ou non, en état de péché. Si oui, tous les fidèles ont le droit d'intenter l'accusation. Et l'on doit décider qu'il en est ainsi pour tous les empêchements dirimants qui reposent sur une prohibition de l'Église, c'est-à-dire pour la parenté, l'affinité, la *publica honestas*, le *votum solemne*, l'*ordo*, le *ligamen*, le *crimen*, et peut-être le *dispar cultus*. Si non, les époux seuls ont le droit d'intenter l'*accusatio*. On doit certainement décider qu'il en est ainsi pour les empêchements fondés sur l'absence ou les vices du consentement, et pour ceux fondés sur l'impuissance et l'impuberté[1]; pour la même raison, l'action en *divortium quoad torum* était aussi fermée aux étrangers. Tel est le point de vue auquel se placent Gofredus, Hostiensis et Durantis[2]. D'autres suivaient une idée quelque peu différente, mais qui conduisait aux mêmes résultats. Ils se demandaient simplement si les conjoints pouvaient renoncer à la nullité, auquel cas personne autre qu'eux ne serait admis à la proposer; ou si la renonciation était impossible, et alors tous pouvaient *accusare*[3].

Lorsque l'action était réservée aux époux, elle était toujours ouverte à tous deux à la fois, alors même que la cause de

1. Cependant un texte, c. VII, X, *De sent.*, II, 27, semble mettre en scène des *consanguinei* de l'un des époux intentant avec succès l'action en nullité à raison de la *minor ætas*. Mais, comme le fait observer la glose, l'impuberté ne peut pas avoir été la cause de nullité admise, car le texte constate aussi que le mariage avait été consommé : il y avait donc dans l'espèce un autre empêchement invoqué.

6. Gofredus, *Summa*, p. 190; Hostiensis, *Summa*, p. 385; Durantis, *Speculum*, *lib. IV*, *part. IV*, p. 453 : « Notandum est igitur quod si impedimentum, quod in matrimonium opponitur, non provenit ex peccato, sed ex defectu, ut frigiditas, arctatio et maleficium, tunc soli conjuges admittuntur ad accusationem matrimonii, extraneorum enim non interest, quia etiam illis invitis simul morari possunt, si velint, dummodo caste vivant. Idem est ubi per errorem petitur divortium; idem ubi agitur ad tori separationem propter adulterium; tunc enim alterius non interest quia se possunt reconciliare. Si vero provenit ex peccato, puto consanguinitatis vel affinitatis, tunc quilibet admittitur ad accusationem ad plenum divortium celebrandum. »

3. Panormit., sur la rubrique *Qui matrimonium accusare possunt*, X, 18 : « Innocentius dicit quod aut agitur ad separationem tori et solum admittuntur conjuges ad accusandum, quia alterius non interest, aut agitur ad sepa-

nullité n'existait que par rapport à un seul d'entre eux, comme en cas d'impuberté, de violence ou d'erreur. Cela venait de ce principe, généralement admis par les canonistes, et qui a été relevé par nous plus d'une fois, que le mariage ne pouvait pas être un contrat boiteux, valable quant à l'un et nul quant à l'autre[1]. Le droit canonique ne connaissait pas, en ce sens, les nullités relatives.

Lorsque le principe de la *publica accusatio* était maintenu, on en avait considérablement restreint la portée, et ce résultat fut même obtenu sans doute avant qu'on eût songé à réserver l'action dans certains cas aux seuls époux. On y arriva assez aisément, en étendant par voie d'analogie les règles fournies par le droit romain quant à une autre accusation, qui présentait avec celle-là d'assez proches ressemblances, l'*accusatio adulterii*. La loi *Julia de adulteriis*, avait introduit pour ce délit le système de l'accusation publique, mais en le tempérant, en donnant au mari et au père de la femme le droit exclusif d'intenter l'accusation pendant un certain délai[2]. Une loi de Constantin avait fait plus encore; elle avait décidé qu'à l'avenir le droit d'accusation n'appartiendrait plus qu'aux proches parents, *personæ proximæ et necessariæ*[3]. Cette règle fut transportée par les canonistes dans les *accusationes matrimonii*. Cela fut admis de bonne heure pour les actions en nullité

rationem vinculi et admittuntur omnes... Hoc intellige verum nisi subsit tale impedimentum, cui contrahentes possunt renuntiare, puta impedimentum erroris, conditionis et status, vel frigiditatis, nam partes possunt simul stare et ideo non admittitur extraneus ad accusationem. »

1. Voyez cependant, c. 1, X, *De eo qui duxit*, IV, 7, et la glose v^is *Nisi mulier*, et Panormitanus sur ce chapitre, n° 4. Mais dans ce texte, qui traite de l'*impedimentum criminis*, l'empêchement n'existe pas à raison de la bonne foi de la femme. En déclarant : « nisi mulier divortium petit ad petitionem viri non sunt aliquatenus separandi », le pape veut seulement admettre le *divortium quoad torum* demandé par la femme. — Cf. Gofredus, *Summa*, p. 190 : « Ubi error conditionis alterius matrimonii effectum impedivit... tunc nullus impetere potest matrimonium nisi is qui deceptus extitit, vel alius ipsius nomine. »

2. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit*, p. 118 et suiv., p. 163 et suiv.

3. L. 2, *C. Th.*, IX, 7; L. 30 pr., *C. J*, IX, 9.

fondées surla consanguinité [1], puis pour toutes les autres. Cependant on n'aboutit pas à l'exclusion absolue des étrangers; on les admit à défaut de parents : d'abord les *vicini bonæ famæ*, puis, s'il ne s'en présentait pas, des étrangers quelconques [2].

Ce n'est pas tout. On arriva par divers moyens à écarter parfois les parents eux-mêmes de l'accusation. Un texte établit que celui qui n'aurait pas dénoncé, lors de la publication des bans, un empêchement dirimant dont il avait alors connaissance, ne serait plus recevable à intenter après coup l'action en nullité. Il était suspect, en effet, et coupable de ne pas avoir employé le moyen préventif qui était mis à sa disposition [3]. Mais il fallait, bien entendu, pour qu'il perdît son droit, qu'il fût en fait capable de faire la dénonciation et qu'il eût été touché par la publication des bans. On écarta aussi de l'accusation celui qui ne l'exerçait que pour réaliser un bénéfice pécuniaire. Un texte célèbre repoussait une mère qui n'agissait que pour se faire payer son désistement [4]; on en tira, par voie d'interprétation, cette maxime, presque diamétralement opposée à celle de notre droit civil, que nul ne doit être admis à accuser un mariage, lorsqu'il n'a à cela qu'un intérêt pécuniaire. On en déduisait une conséquence qui fut de bonne heure utilisée par nos anciens jurisconsultes pour enlever aux juridictions ecclésiastiques certaines causes matrimoniales: c'est que l'action en nullité n'était jamais reçue après le décès d'un des conjoints, car elle ne pouvait alors être intentée que dans un intérêt pécuniaire [5].

1. C. I, C. XXXV, qu. 6. Ce texte est mis sous le nom du pape Fabien (238-254), mais il est manifestement copié sur la loi de Constantin, ou plutôt sur l'*interpretatio* de celle-ci dans le *Bréviaire*, c. II, *C. Th.*, IX, 2.

2. Gofredus, *Summa*, p. 190 : « Licet viro vel uxori matrimonium accusare, licet et parentibus, quod si defuerint, proximiores admittuntur. » — Hostiensis, *Summa*, p. 386; — Durantis, *Speculum*, *lib. IV*, *part. IV*, p. 453 : « Videtur tamen quod quamdiu supersunt consanguinei, non sunt extranei admittendi, et quod inter extraneos sunt præponendi et maturiores vicini. »

3. C. VI, X, *Qui matr. acc.*, IV, 18.

4. C. V, X, *Qui matr. acc.*, IV, 18.

5. Voyez une décision de la Congrégation du concile de Trente, du 17 septembre 1842, dans Schulte et Richter, *Canones et decreta concilii Tridentini*,

Disons, pour n'y plus revenir, que notre ancienne jurisprudence réglait les actions en nullité de mariage, intentées devant les officialités, d'après les *accusationes* du droit canonique; mais elle en avait sur ce point assez profondément modifié les règles. Elle admettait seulement à former l'action en nullité, lorsqu'elle n'était pas réservée aux époux : 1° les parties intéressées, que leur intérêt fût moral ou pécuniaire; 2° les officiers qui représentaient la société et l'intérêt public, c'est-à-dire les promoteurs dans les officialités [1]. Pothier, quant aux personnes pouvant intenter l'action en nullité, produit une doctrine qui présente en substance le système même de notre code civil; mais il faut remarquer que cette théorie, presque en entier, vise non pas l'*accusatio matrimonii* intentée devant la juridiction ecclésiastique, mais l'appel comme d'abus intenté devant les parlements. L'appel comme d'abus était, selon Pothier, la seule voie ouverte aux père et mère et aux parents collatéraux pour attaquer un mariage [2]. Mais revenons au droit canonique.

Ce n'était pas seulement quant aux personnes qui pouvaient, ou non, accuser que les canonistes avaient modifié les règles de l'*accusatio*, dans leur application aux actions en nullité de mariage; ils avaient aussi écarté certaines autres règles qui n'auraient pas répondu à cette fonction spéciale.

1° C'était un principe essentiel de la procédure accusatoire que nul ne peut être à la fois accusateur et témoin dans une même cause. Ici, la règle contraire s'introduisit. Elle s'imposait en quelque sorte lorsque l'action était fondée sur la *consanguinitas* ou l'affinité; les parents étaient les seules personnes capables d'établir les généalogies des époux, et, d'autre part, en principe ils étaient seuls admis à l'accusation [3]. On étendit

p. 278 : « Illud etiam animadvertere præstat diligenter perquisitas fuisse S. hujus ordinis resolutiones, nullumque reperiri potuisse exemplum, quo ob quæstum et civiles effectus admissa fuerit instantia accusantis matrimonium. Præterea nullum in præcedentibus resolutionibus repertum fuisse exemplum introductæ nullitatis post obitum alterutrius conjugis. »

1. *Mémoires du clergé de France*, édit. 1769, tome V, p. 1130 et suiv.

2. Pothier, *Traité du Mariage*, nos 443 et suiv., 452-455.

3. Bern. Pap., *Summa*, p. 186 : « Illud in summa notandum quod in con-

cela à toutes les actions en nullité, bien que certains docteurs élevassent de vives objections [1].

2° L'*inscriptio in crimen*, que la procédure canonique exigeait de l'accusateur, ici n'était pas nécessaire. Cela était très logique, car l'*inscriptio* avait seulement pour but de faire apparaître la peine du talion qui menaçait l'accusateur téméraire. Ici, on ne demande pas l'application d'une peine, mais au contraire une *separatio* qui fera disparaître un péché. Le talion ne se comprendrait pas si l'accusateur était un tiers; si, au contraire, c'est un des époux qui agit pour demander la séparation, la peine du talion lui ferait justement obtenir ce qu'il désire [2].

3° Le serment de calomnie n'était pas exigé du demandeur; mais c'était un trait général des *causæ spirituales* [3].

4° Enfin la demande pouvait être indifféremment formée oralement ou par écrit [4]. Cependant, lorsque l'action en nullité était fondée sur la parenté ou l'affinité, le demandeur dressait d'ordinaire un *libellus* contenant la généalogie, et le communiquait à l'autre partie [5].

sanguinitate vel affinitate idem potest esse accusator et testis, quia idem reperis utriusque juramentum, ut c. III, V, VI, VII, C. XXXV, qu. 6. »

1. Glose sur c. I, C. XXXV, qu. 5, V^is *Vel consanguinitatem* : « Et est argumentum quod non potest idem accusator esse et testis in causa criminali, quod verum est, licet quod quidam consentiant dicentes hoc speciale esse in matrimonio ut idem sit accusator et testis. » — Panormit., sur la rubrique X, IV, 18 : « Sed quæro num in causa matrimonii idem possit accusator esse et testis. Innocentius dicit quod sic et facit c. XII et c. XXVII, X, *De spons.* (IV, 1). Johannes Andreæ in additionibus ad *Speculum*, eodem titulo post principium, dicit se non posse concipere quod accusator, qui tenetur saltem ad expensas, si succubuit, sit idoneus testis. Sed potest procedere dictum Innocentii quando officialis publicus denunciavit, vel quando quis ductus conscientia denuntiavit impedimentum judici, ut judex ipse ex officio inquirat, tunc enim iste poterit testis esse de veritate. »

2. C'est le raisonnement que contient le c. V, X, *De proc.*, I, 28.

3. Glose sur c. I, C. XXXV, qu. 6, V° *Accuset* ; c. II, X, *De jur. calumniæ*, II, 7.

4. Bern. Pap., *Summa*, p. 184 : « Solet autem accusatio matrimonii et in scriptis et sine scriptis admitti. »

5. Bern. Pap., p. 184 : « Sed in consanguinitate vel affinitate solet dari quidam alius libellus, in quo per gradus computatur, et iste libellus alii parti ostenditur, ut sciat quid probare velit. »

II

L'action en nullité se présentait en second lieu sous la forme de la *denunciatio*. Historiquement, elle prit successivement les diverses formes que revêtit elle-même la *denunciatio*. Primitivement, elle se présente sans doute sous la forme de la *denunciatio evangelica*, et elle pouvait d'ailleurs s'introduire encore ainsi au temps des grands canonistes [1]. Lorsque s'organisa la procédure si curieuse des *causæ synodales*, cette sorte de jury d'accusation sur la dénonciation duquel les fidèles soupçonnés devaient se disculper ou faire pénitence [2], les mariages réprouvés par l'Église furent signalés de cette manière à l'autorité ecclésiastique, qui s'employait alors pour faire cesser le trouble en ordonnant, s'il y avait lieu, la séparation des époux. Cela forme un chef important de l'interrogation des *testes synodales* dans le traité de Regino [3] et dans celui de Burchard de Worms [4]; quelques-uns de ces textes ont passé dans le décret de Gratien [5], et l'institution, localement, subsista fort longtemps, car elle fonctionne encore avec une netteté parfaite au XIV^e^ et XV^e^ siècles dans le *Registre de l'officialité de Cerisy* [6].

Enfin, lorsque à côté de la procédure accusatoire, se fut développée la dénonciation pénale, qui saisissait le juge, en

1. Voyez plus loin p. 412, note 2.

2. Voyez mon *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 71 et suiv.

3. *De synod. causis* (éd. Wasserschleben), II, 5, p. 240 : « Deinde interrogandum de adulteriis et fornicationibus. »

4. *Decretum*, I, 92 (édition Migne, p. 574), *Jusjurandum synodale*, *Interrog. VII* et seq.

5. C. v et suiv., C. XXXV, qu. 6.

6. N° 298 *c* (a. 1374), p. 217 : « Postea inquirimus per dictos homines juratos super heresi, sortilegio, usurarum pravitate, lepra, *fornicationibus*, *incontinentiis*, et aliis criminibus. » — N° 136 *a*, *b*, p. 108 (a. 1330) : « Visitatio facta apud Duos Gemellos... Nomina juratorum sunt hæc... Radulphus Cauvin habet quandam uxorem quæ ut et fuit de progenie cujusdam uxoris quam jam diu habuit, que est defuncta, que attingebat in gradu consanguinitatis prohibito ad matrimonium contrahendum. »

mettant en mouvement l'*inquisitio*, l'action en nullité tout naturellement prit aussi cette forme. Les canonistes classiques faisaient même observer que cette dernière forme lui convenait mieux que celle de l'*accusatio*, et que l'on ne pouvait pas proprement parler d'accusation, à moins que l'un des époux n'invoquât l'adultère de son conjoint pour faire prononcer la séparation *quoad torum*[1]. Mais cela ne changeait rien au fond des choses, quant aux personnes admises à intenter l'action. Celles-là seules pouvaient *denuntiare*, qui auraient pu *accusare*. Cependant la question avait été discutée. Hostiensis voulait distinguer entre la dénonciation pénale, qui aurait été interdite à celui qui était exclu de l'accusation, et la *denunciatio evangelica*, qui lui serait restée ouverte; mais Panormitanus repoussait cette distinction, et montrait que c'était là se payer de mots; car, au fond, l'effet de la dénonciation était le même de part et d'autre, et cet effet était aussi le même que celui de l'accusation[2].

D'après les règles de l'*inquisitio*, telles qu'elles s'étaient définitivement établies au XIII^e^ siècle, le juge en matière répres-

1. Bern. Pap., *Summa*, p. 184 : « Accusatur autem matrimonium per denuntiationem, non per solemnem accusationem, quia hic persona non de crimine accusatur, sed matrimonium non esse legitimum denuntiatur, nisi forte alter conjugum propter alterius adulterium divertere velit, quo in casu de adulterio accusabit. » — Innocent IV, sur c. v, X, IV, 18 : « Matrimonium enim non proprie dicitur accusari nisi ab uxore, nam cum non sit crimen publicum non admittur nisi quorum interest, sed denunciari dicitur crimen ad dissolvendum. » — Durantis, *Speculum*, p. 454 : « Nota quod matrimonium improprie dicitur accusari, quia hæc accusatio, licet sit de crimine, non fit tamen criminaliter, et magis proprie dicitur denuntiari; ad hoc etiam debet intentio dirigi accusantis ut a peccato cesset, nec aliter interest; unde sub forma denunciationis concipe. »

2. Panormit., sur c. VI, X, *Qui matr. acc.*, IV, 18 : « Vult ergo glossa quod repulsus ab accusatione, quia non comparuit in termino, non debet admitti etiam ad denunciandum impedimentum. Sed contrarium notat glossa in c. *Tua*, X, *De cogn. spir.* Hostiensis hic dicit quod aut denunciatio fit precise ad peccatum corrigendum et debet admitti, aut ad dissolutionem matrimonii et non debet admitti. Certe hæc solutio videtur mihi verbalis, et quia non possunt isti agere pœnitentiam nisi dissolveretur matrimonium probato impedimento et sic idem prorsus esset effectus in denunciatione quod est in accusatione. »

sive pouvait se saisir d'office, en constatant l'*infamia præcedens*. On étendit cela aux actions en nullité de mariage, et le juge put d'office poursuivre le *plenum divortium* et la séparation des époux, lorsqu'il ne s'agissait pas d'une nullité pour laquelle l'action était réservée à ces derniers. Il n'y avait là au fond rien d'anormal ; c'est pour satisfaire au même besoin que, plus tard, on ouvrira l'*accusatio matrimonii* aux promoteurs dans nos anciennes officialités, et que notre droit moderne donne souvent l'action en nullité au ministère public. Cependant cette poursuite d'office ne s'introduisit pas sans quelque difficulté[1], et la pensée des docteurs était qu'elle ne devait être employée qu'avec précaution[2].

III

Les actions en nullité présentaient aussi certains caractères remarquables, de la plus grande importance pratique, mais qui ne dérivaient point de la forme pénale qu'elles avaient prise. Provenant de principes tout autres, ces traits étaient même, dans une certaine mesure, en contradiction avec les principes de l'accusation.

Le premier, c'était l'imprescriptibilité de ces actions. Bien que, parfois, une sorte de ratification du mariage nul fût possible, l'action ne s'éteignait jamais par aucun laps de temps[3]. Cependant, en suivant les règles propres à l'*accusatio*, on aurait

1. Bern. Pap., *Summa*, p. 186 : « Constat autem quod sine accusatione matrimonium non debet separari, quia non est judicis sine accusatore damnare nisi crimen sit notorium. »

2. Hostiensis, *Summa*, p. 386 v° : « Quinimo et hoc (inquirere) facere potest nullo accusatore comparente, nimia infamia orta; sed semper citandi sunt quos res tangit, et publicandum est an aliquis velit accusare vel defendere. Sic intellige, c. III, *De divort.*, IV, 19. » — Cf. Durantis, *Speculum*, p. 454. — Panormit., sur c. III, X, *De divort.* : « Nota quod super impedimento matrimonii judex potest ex officio suo procedere. »

3. Hostiensis, *Summa*, p. 385 v° : « Nullo tempore obstante, accusator auditur. » — Panormit., sur c. VI, X, *De frig.*, IV, 15 : « Nota quod impotentia conjugum potest allegari post plurimos annos, nam tractu temporis non firmatur matrimonium nullum. »

dû arriver à un résultat contraire. En effet, le droit romain avait admis que l'action naissant d'un délit pénal s'éteignait par la prescription, qui, en principe, était de vingt ans; et les docteurs avaient adopté cette règle, tout en faisant observer que, *jure canonico*, le délit était imprescriptible en ce qui concerne le *forum internum*[1]. Aussi, lorsqu'il se constitua scientifiquement, le droit canonique admit-il tout d'abord que l'action en nullité de mariage, l'*accusatio matrimonii*, s'éteignait par la prescription de vingt ans, dont, par faveur, on réduisait même parfois le délai. C'est ce que décidaient une décrétale d'Alexandre III[2], et même une autre décrétale d'Innocent III, de l'année 1202[3], lorsqu'il s'agissait de mariages régulièrement contractés *in facie Ecclesiæ*. C'est la doctrine qu'enseigne Bernard de Pavie, tout en la trouvant assez singulière[4]. Gofredus et Bernard de Parme[5] la rappellent, après que le changement de jurisprudence se fût produit. Quelles

1. Panormit., sur c. v, X, *De eo qui duxit*, IV, 7 : « Communiter tenent ibi doctores quod adversus quodlibet crimen regulariter procedit præscriptio XX annorum ut post lapsum viginti annorum non possit accusari... Sed, jure canonico, non currit præscriptio in peccatis quominus in foro animæ imponatur pœnitentia pro delicto. »

2. C. II, *Comp. prima*, *Qui matrim. acc.*, IV, 19 : « Quod si præfatus miles mulierem ipsam in facie Ecclesiæ duxit et longo tempore tenuerit, non debet vox suæ accusationis admitti, nisi aliæ personæ idoneæ apparerent, et merito suspicione carentes, quæ matrimonium ipsum velint legitime et possint accusare, nec eædem personæ admitti debent si per XX vel XVIII annos insimul sine questione mansissent. »

3. C. II, *Comp. tertia*, *Qui matr. acc.*, IV, 13. Innocent III rappelle la décrétale d'Alexandre III, et ajoute : « Tunc enim Ecclesia propter diuturnitatem temporis quodammodo dispensando dissimulat et dissimulando dispensat. » Il décide d'ailleurs que l'époux qui veut invoquer cette prescription doit le faire avant la *litiscontestatio*.

4. *Summa*, p. 186 : « Item prohibentur ab accusatione matrimonii tam principales personæ quam extranei temporis diuturnitate, scilicet si conjuges per XVIII vel XX annos insimul sine quæstione manserint, quod mirum videtur quia diuturnitas temporis non minuit peccata, sed auget. »

5. Gofredus, *Summa*, p. 190 : « Olim præscriptio XX vel XVIII annorum repellebat accusatores matrimonii. Hodie vero conjuncti taliter nulla longinquitate defenduntur annorum. » — Glose sur c. VIII X, *De consang.*, IV, 14 : « Et ita nulla præscriptio currit contra matrimonium sicut curri solebat. »

causes firent prévaloir le système contraire? Ce fut à la fois une décision législative et un travail doctrinal.

En promulguant la décision du quatrième concile de Latran, qui restreignait au quatrième degré de parenté et d'alliance la prohibition de mariage, le pape Innocent III décida formellement que l'action en nullité fondée sur cet empêchement serait dorénavant imprescriptible, nonobstant toute constitution en sens contraire de ses prédécesseurs ou de lui-même. Pour justifier cette décision, il s'appuyait sur cette considération, que la prohibition, étant adoucie, devait être par là même plus scrupuleusement observée; il s'appropriait aussi la critique que Bernard de Pavie avait faite de la prescription admise en cette matière [1]. Sans doute, cela ne visait qu'un cas de nullité, mais il n'y avait pas de bonne raison pour ne pas étendre la règle à tous les autres; c'est ce que fait la glose. En même temps, la doctrine arrivait au même résultat par un raisonnement vraiment juridique. Considérant la nullité de mariage en elle-même, et non plus sous la forme factice de l'*accusatio*, elle faisait cette remarque très juste, que, le mariage infecté d'un empêchement dirimant étant toujours radicalement nul, aucun laps de temps ne pouvait lui conférer la validité [2]. C'est ainsi qu'elle était arrivée à décider qu'aucun laps de temps ne pouvait valider un vœu nul [3]. Cette imprescriptibilité des actions en nullité était donc fondée en droit et en raison; sauf quelques exceptions, elle a passé dans notre droit civil. Mais on ne saurait en dire autant d'une

1. « Cum ergo jam usque ad quartum gradum prohibitio conjugalis copulæ sit restricta, eam ita volumus esse perpetuam, non obstantibus constitutionibus super hoc dudum editis vel ab aliis vel a nobis; ut si quis contra prohibitionem hujusmodi præsumpserit copulari, nulla longinquitate defendatur annorum, cum diuturnitas temporum non minuit peccatum, sed auget, tantoque sunt graviora crimina quanto diutius infelicem animam detinent alligatam. »

2. Voyez p. 413, note 3.

3. Glose sur c. IV, C. XXXIII, qu. 5, v° *Numerus* : « Non enim præscriptione temporis defenditur quod ab initio de jure communi non potuit sortiri effectum. » — Glose sur c. VIII, X, *De cons.*, IV, 14, v° *Nulla* : « Et sic contra votum nulla currit præscriptio. »

autre règle, à laquelle j'ai déjà eu l'occasion de me référer [1]; c'est celle d'après laquelle le jugement rendu sur une cause matrimoniale n'acquérait jamais force de chose jugée [2]. Quelque sentence qui eût été rendue, qu'elle établît l'existence ou l'inexistence du mariage, sa validité ou sa nullité, à toute époque on pouvait obtenir de la juridiction ecclésiastique une sentence contraire, en démontrant que le juge avait été déçu et qu'il y avait eu erreur [3].

Ce principe, perturbateur de toute justice régulière, paraît avoir été proposé par Gratien, comme ayant une portée générale et s'appliquant à toutes sortes de causes [4]. Il ne pouvait ainsi prévaloir; on en restreignit, mais on en accepta l'application aux causes spirituelles, à celles où la sentence pouvait avoir pour conséquence, si elle ne proclamait pas le bon droit, de maintenir une des parties en état de péché mortel. Là, la vérité devait toujours l'emporter sur la convention [5]; et l'on admettait même pour les causes matrimoniales que non seulement les conjoints, mais encore toute personne, ou tout au moins un parent, pouvait agir pour attaquer le jugement erroné. Cela était vrai, lorsqu'il s'agissait de faire tomber par une *accusatio matrimonii* une sentence qui avait reconnu d'abord la validité du mariage; cela était vrai encore, lorsque le jugement avait annulé le mariage, et qu'il s'agissait d'en

1. Ci-dessus, p. 264.

2. C. VII, X, *De sent.*, II, 27; ce chapitre était ainsi *summatum* : « Sententia contra matrimonium nunquam transit in rem judicatam; quandoque revocatur cum constat de errore. »

3. Il n'y avait pas là application d'une voie de recours normale, comme la *restitutio in integrum*; la sentence erronée était nulle *ipso jure*. Glose sur C. XXXV, qu. 6, VIS *Unde quæritur* : « Illud tamen posset dubitari an sententia matrimonii ipso jure retractetur an per in integrum restitutionem. Et videtur quod per in integrum restitutionem. E contra videtur quod ipso jure quia ibi sententia non transit in rem judicatam. »

4. C. XXXV, qu. 6.

5. Glose, *Dictum* sur c. II, C. XXXV, qu. 6, VO *Reparanda* : « Nota rem judicatam non præjudicare veritati in causa spirituali. » — Panormit., sur c. VII, X, *De sent.*, nº 9 : « Idem dicit Hostiensis contra quamlibet sententiam cujus observantia nutrit peccatum mortale, cum tali casu nulla valeat præscriptio vel consuetudo. »

établir la validité et de demander la *reconciliatio* des époux [1].

Les canonistes avaient pourtant cherché à limiter la portée de ce principe perturbateur. Certains avaient voulu utiliser pour cela une règle que le droit canonique avait empruntée au droit romain, celle qui défendait d'interjeter dans une même cause plus de deux appels successifs [2]. Ils en concluaient que lorsque trois sentences avaient successivement statué sur une cause matrimoniale, la décision devenait irréformable [3]. Mais cette conception ne fit pas fortune; en effet, ce n'était pas d'appel qu'il s'agissait, ni même de voie de recours, dans le sens ordinaire que donne à ce mot la procédure; il s'agissait d'appliquer une règle absolue tenant au caractère même des causes matrimoniales [4]. Tout ce qu'on pouvait admettre, c'est que, si trois sentences successives avaient été rendues dans le même sens, on ne pouvait plus proposer l'erreur par la voie de l'appel, pas plus qu'on ne le pouvait si, même dans une cause matrimoniale, on avait laissé passer le *decennium* sans appeler : il fallait alors agir par une instance nouvelle et principale [5].

1. Panormit., sur c. x, X, *De sent.*, II, 27 : « Hostiensis dicit quod etiam qui libet de populo audietur, maxime consanguineus, quod placet sicut enim quilibet de populo admittitur ad impediendum et accusandum matrimonium, ita quilibet debet admitti ad reintegrandum matrimonium injuste separatum. Et loquitur de separatione quoad vinculum, nam quoad torum ipsi duntaxat conjuges sunt audiendi. »

2. *Dictum* sur c. xxxix, C. II, qu 6.

3. Glose sur c. vi, X, *De frig.*, IV 15 : « Sed quid si post primum coitum cum secundo prior petit eam. Dico quod est ei reddenda, et si non invenerit aptam, est reddenda secundo, et sic etiam post secundum vel tertium coitum secundi, et sic in infinitum, ut dixit Joh(annes). Tancredus dixit quod usque ad tertiam vicem tantum et non ultra debet restitui primo; imo debet remanere secundo quia duæ tantum sententiæ post primam sunt fereudæ, quia tertio appellare non licet. »

4. Panormit., sur c. vi, X, *De frigidis*, IV, 15 : « Secundum unum intellectum sententia in causa matrimonii transit in rem judicatam cum est confirmata per duas sententias. Quod dictum non placet domino Antonio, quia nullum vinculum potest firmare sententiam quominus error possit detegi. »

5. Panormit., sur c. vi, X, *De frig* : « Ego do alium intellectum ad glossam, ut etiam in causa matrimoniali non possit tertio appellari; non tamen per hoc

D'autres voulaient qu'au moins le conjoint même qui avait obtenu le jugement ne pût pas plus tard l'attaquer sous prétexte d'erreur : n'était-ce pas invoquer sa propre turpitude? Mais, ici encore, cette fin de non recevoir n'avait pas prévalu; dans une matière où il s'agissait du péril des âmes, toute personne, même indigne, devait être écoutée [1]. Quelques-uns, cependant, n'ouvraient à celui qui s'élevait contre un jugement obtenu par lui-même que la voie de la dénonciation, lui fermant celle de l'accusation; mais cela avait peu d'importance pratique. Cette seconde restriction n'avait pas réussi à se faire recevoir, pas plus que la première. Mais les docteurs s'accordaient cependant à reconnaître au juge un un certain pouvoir discrétionnaire. Si les parties avaient laissé passer les délais sans interjeter appel contre le jugement rendu, le juge ne devait admettre une nouvelle action pour la même cause matrimoniale que si l'on invoquait un motif plausible [2], et il ne devait pas indéfiniment laisser se rouvrir le débat [3].

D'autres conséquences étaient aussi tirées du même prin-

excluditur quin possit probari sive proponi injustitia sententiæ per viam querelæ, et iste intellectus est verissimus in se. » — Le même sur c. VII, X, *De sent.*, II, 27. : « Dico quod sententia transit in rem judicatam post decennium quoad instantiam causæ; est enim opus novo judicio, nisi quis audiatur per viam restitutionis in integrum adversus sententiam ex justa causa. »

1. Panormit., sur c. VII, X, *De sent.*, II, 27, n° 6 : « Videtur quod iste maritus non deberet contra sententiam audiri, cum allegaret turpitudinem suam... Auditur allegans turpitudinem propriam ut evitetur periculum animæ... Alajuus) posuit hic notabilem limitationem, dicens istum audiri denunciando, sed an directe accusando dicit se dubitare, et credo quod non debeat audiri, quia, cum audiatur propter periculum animæ, satis est denuntiare. »

2. Panormit., sur c. X, X, *De sent.*, n^{os} 7 et suiv. : « Concludit tamen Innocentius... quod judex non debet esse facilis in audiendo aliquem contra sententiam istam... sed ex justa causa prius arbitrium suum informabit, et in dubio notanter dicit partem audiendam, quia agitur ad peccatum evitandum. »

3. Panormit., sur c. VII, X, *De sent.*, IV, 27 : « Unde non debet esse judex facilis in audiendo partem contra illam. Nam si diceremus contrarium, sequeretur quod eadem ratione et tertio et quarto et in infinitum esset pars contravenieus admittenda, quod videtur absurdum. Ex hoc ego noto quod non potest dari certa regula quoties debeat pars admitti contra sententiam; sed judex æstimabit an et quando ex causa quæ coram eo allegatur. »

cipe, mais celles-là moins dangereuses, raisonnables même, et pouvant se justifier autrement. C'était d'abord l'impossibilité, la défense de transiger et de compromettre sur les causes matrimoniales[1]. C'était ensuite cette règle exposée dans le *Liber practicus* de Reims, que, malgré la *renunciatio in causa* faite par elle en première instance dans un procès matrimonial, chaque partie pouvait proposer en appel des faits ou des moyens qu'elle n'avait pas fait valoir devant les premiers juges[2]. D'une façon générale, le plaideur ne pouvait pas perdre ici par sa volonté ses moyens de défense ou d'attaque, comme il l'aurait pu dans un autre procès[3].

Le principe que le jugement sur le mariage ne passe jamais en force de chose jugée avait-il été reçu dans notre ancienne jurisprudence? Pothier l'admet dans son *Traité du mariage*, et même, d'après l'exemple qu'il donne, il se serait appliqué aux arrêts rendus par les parlements sur un appel comme d'abus[4]. Mais d'autres témoignages sont en sens contraire. Dans un *Traité des dispenses de mariage et de l'état des personnes* publié en 1769, Michel Duperray déclare expressément : « que s'il y avait un arrêt qui eût déclaré abusive la célébration d'un mariage, il n'y a que la requête civile, et nous ne suivons pas en France cette incertitude de dire que l'état des personnes soit toujours chancelant et douteux[5] ». Sans être aussi formelles, les *Conférence ecclésiastiques de Paris* semblent bien re-

1. C. XI, X, *De trans.*, I, 36, et la glose; — c. IX, X, *De rest. in int.*, I, 41.

2. *Liber practicus*, n° 208, p. 173 : « Est autem intelligendum quod, sicut in causa matrimoniali sententia non transit in rem judicatam, sic nec renunciatio in causa principali facta praejudicat, quominus in causa appellationis possit proponi factum aliquod ad causam matrimonialem pertinens, licet ei renunciatum fuerit. »

3. *Liber practicus*, n° 211, p. 209 : « Quod enim consensit actrix quod depositio sui testis sibi non prodesset, nisi eum deduceret, non valet in causa matrimoniali. »

4. *Traité du mariage*, n° 461.

5. *Traité des dispenses de mariage, de leur validité ou invalidité et de l'état des personnes, suivant les dispositions canoniques, ordonnances et arrêts*, par Michel Duperray, ancien bâtonnier de messieurs les avocats, Paris, 1769, p. 320.

pousser aussi le principe [1]. Garat, auteur de l'article *Impuissance* dans le *Répertoire* de Guyot, affirme que la jurisprudence française a toujours écarté sur ce point les principes du droit canonique [2].

Quelques traits distinguaient encore la procédure des actions en nullité de mariage.

Un mode de preuve était ici exclu en principe, c'était l'aveu, la *confessio* des époux. Elle ne pouvait faire prononcer la nullité du mariage, et cela était fort naturel; car, sans cela, la règle de l'indissolubilité aurait pu être facilement tournée [3]. Mais il ne s'ensuivait pas qu'elle n'eût jamais aucune valeur; nous avons vu quelle importance elle présentait, lorsqu'il s'agissait de savoir si la *copula carnalis* était intervenue [4]. D'une manière générale elle valait comme preuve, si elle était en faveur de la validité du mariage (ce qui pouvait très bien arriver lorsque l'action en nullité était intentée par un tiers) et qu'elle ne fît pas préjudice à un autre mariage contracté

1. Tome III, p. 179 : « On n'admet pas cette distinction en France (entre la frigidité et le maléfice); car, comme dit M. Gerbais, on n'y permet pas à un mari qui a été une fois séparé de bonne foi et sans fraude manifeste pour impuissance, de quelque nature qu'elle soit, de retourner avec sa première femme, et si, lorsqu'il se trouve puissant avec une autre, le juge ecclésiastique ordonnait ce retour, cela pourrait donner occasion à un appel comme d'abus. » — *Ibid.*, p. 183 : « Elles (les parties) peuvent appeler à un juge supérieur, ou *par une requête* demander la revision du procès devant le même juge, et faire réformer et casser la première sentence qui a cassé leur mariage. » Cela semble bien ne viser que l'appel et la requête civile.

2. Édit. 1784, tome IX, p. 91 : « Jamais, par exemple, les jugements qui ont annulé les mariages en France n'ont été conditionnels et provisoires. On a vu tout de suite combien il seroit dangereux pour l'ordre de la société, que l'union de l'homme et de la femme eût assez peu de stabilité pour qu'on pût ainsi en rompre et en renouer les nœuds plusieurs fois; et combien il étoit scandaleux pour les mœurs que la même femme fût portée ainsi des bras d'un mari dans ceux d'un autre, par les lois mêmes qui veillent sur la décence publique. Les cours souveraines de France ont étendu à ces causes la maxime générale, *res judicata pro veritate habetur.* »

3. Panormit., sur c. v, X, *De eo qui cogn.*, nº 2 : « Nota regulam qua ad confessionem conjugum contra matrimonium non debet fieri matrimonii separatio, Et est ratio hujus dicti quod matrimonium non habet dependentiam ab homine. sed ab ipso Deo recepit indissolubilitatem. »

4. Ci-dessus, pp. 201, 214, 256.

par l'un d'eux avec une autre personne, et dont l'existence était constante [1].

Les canonistes montraient en général un esprit très défiant, quant au jugement des actions en nullité ; elles pouvaient si facilement déguiser des divorces concertés et voulus par les conjoints. Hostiensis avait proposé un expédient pour déjouer ces fraudes. Lorsque les principaux intéressés renonçaient à se défendre contre l'*accusatio matrimonii* intentée par un tiers, il voulait que l'on invitât par des publications les parents et alliés à venir prendre la défense du mariage, et que même, à défaut d'autres, on admît un étranger de bonne volonté à se porter *defensor matrimonii* [2]. L'idée d'Hostiensis sera admise, précisée et améliorée, mais seulement au XVIII[e] siècle, sous le pontificat de Benoît XIV.

Mais, d'un autre côté, pour les actions en nullité, comme pour toutes les causes matrimoniales, la procédure était simplifiée. Déjà, cela ressortait de quelques décisions contenues aux décrétales de Grégoire IX [3] ; cela fut définitivement fixé par une Clémentine, qui déclara qu'en ces matières la procédure sommaire serait suivie [4].

IV

Comme elle avait fourni la forme des actions en nullité, la procédure répressive du droit canonique fournit la matière première dont on devait dégager les oppositions au mariage.

1. Voyez sur ce point et d'autres semblables, Panormitanus sur c. v, X, *De eo qui cognovit*, IV, 13, n[os] 5 et suiv.

2. *Summa*, p. 385 v° : « Si hi quos principaliter tangit defendere nolunt, puto quod accusatio publicanda sit in ecclesia, et si affinis vel cognatus velit defendere matrimonium audietur, et demum, his deficientibus, quilibet extraneus admittetur. Si ergo aliquis apparet defensor audietur et poterit repellere accusatorem ante litem contestatam... Si nullus defensor apparet, judex de plano inquiret. »

3. Durantis, *Speculum*, *lib. IV*, *part. IV*, p. 453.

4. *Clem. II*, *De judic.*, II, 1.

Un mariage étant projeté, il s'agissait de faire valoir un empêchement dirimant ou prohibitif, qui s'opposait à sa conclusion. Comme ici le mariage prohibé n'était pas encore contracté, il était impossible d'intenter une *accusatio*, qui suppose nécessairement un fait accompli [1]. On ne pouvait même pas songer à la dénonciation pénale, qui est également un moyen répressif et non préventif. Mais une voie était ouverte, c'était la *denunciatio evangelica*. Cette curieuse procédure, dont le prototype et le fondement juridique étaient trouvés dans un passage de l'Évangile selon saint Mathieu [2], était simplement une mesure disciplinaire. Elle supposait un fidèle entrant dans la voie du péché, et alors tout autre fidèle était invité, pour obtenir sa correction, à dénoncer sa conduite à l'Église, après l'avoir averti préalablement, d'abord en secret, puis devant témoins. C'était bien la *denunciatio evangelica* que les canonistes regardaient comme la voie propre à faire valoir un empêchement contre un mariage préparé; seulement ils déclaraient inutile dans ce cas le triple avertissement qu'en principe le dénonciateur devait adresser au pécheur, avant de saisir l'Église. Cette *trina monitio* ne pouvait ici servir à rien, car chaque fiancé, étant déjà engagé par les *sponsalia de futuro*, ne pouvait abandonner l'autre fiancé de sa propre autorité, sans la permission du juge [3].

Ici on n'avait aucunement restreint le principe de l'accusation populaire; on l'avait renforcé encore, en en faisant une obligation pour chaque fidèle. En publiant les bans d'un mariage

1. Gofredus, *Summa*, p. 190 : « In summa notandum est quod in matrimonio contrahendo non habet locum accusatio, non enim accusari potest quod nondum existit, sed habet locum denunciatio. » — Durantis, *Speculum*, *lib. IV*, *part. IV*, p. 454 : « De contrahendo autem locum non habet accusatio sed dumtaxat denunciatio. »

2. *Math.* XVIII, 15-18. — Panormit., sur c. XIII, X, *De jud.*, II, 1.

3. Hostiensis, *Summa*, p. 386 v° : « Nec puto quod hic sit necessaria trina monitio, quæ alias exigitur quando alias denuntiantur crimina, et est ratio quia quantumcunque admoneretur non posset eam dimittere propria temeritate. » — Durantis, *Speculum*, *lib. IV*, *part. IV*, p. 454 : « Nec etiam hic necessario exigitur monitio trina, quæ exigitur cum alia crimina denuntiantur, nam, etsi velit, non potest unus alterum dimittere sine judicio Ecclesiæ. »

le prêtre déclarait, comme il le déclare encore, que toute personne était tenue de dénoncer les empêchements dont elle avait connaissance[1]. La dénonciation étant faite au curé, celui-ci devait surseoir à la célébration du mariage, comme il le devait lorsqu'il avait soupçon de quelque empêchement, par l'enquête personnelle à laquelle il s'était livré Il devait attendre que la juridiction ecclésiastique, avertie de la dénonciation et agissant d'office ou saisie par les parties intéressées, eût statué sur la possibilité du mariage[2]. La dénonciation pouvait aussi, sans aucun doute, être faite directement à la justice[3]. Pour mieux assurer qu'il ne serait point passé outre, le juge immédiatement lançait *l'interdictum*, défendant aux fiancés de s'engager par un lien plus fort jusqu'à nouvel ordre, puis il statuait sur l'existence de l'empêchement prétendu. Le droit canonique était ici plus coulant sur la preuve, qui devait en entraîner la constatation, que lorsqu'il s'agissait d'annuler un mariage déjà conclu. Tandis que, dans l'action en nullité, l'empêchement n'était reconnu que s'il était établi par une preuve complète, c'est-à-dire en principe par la déposition de deux témoins, ici, pour déclarer le mariage impossible, on se contentait en général d'un seul témoin. Cependant les docteurs distinguaient volontiers selon les divers empêchements, ayant une doctrine particulière pour chacun d'eux[4].

1. Panormit., sur c. VI, X, *Qui matr. acc.*, IV, 18 : « Denunciationibus, quæ fiunt tempore contrahendi matrimonium, continentibus quod quicumque scit impedimentum debeat illud denuntiare intra certum tempus. »

2. C. III, X, *De cland. desp.*, IV, 3 : « Ut intra illum (terminum) qui voluerit et valuerit legitimum impedimentum obponat et ipsi presbyteri nihilominus investigent utrum aliquod impedimentum obsistat. Cum autem adparuerit probabilis conjectura contra copulam contrahendam, contractus interdicatur expresse donec quid fieri debeat super eo manifestis constiterit documentis... Sane si parochialis sacerdos tales conjunctiones prohiberi contempserit... per triennium ab officio suspendatur. »

3. Durantis (p. 454, n° 6) donne la formule de la demande : « Ego *H.* vobis domino *Tali* (episcopo vel officiali), significo et denuntio quod tractatur de matrimonio contrahendo inter *H.* et *T.* quodque matrimonium non debet nec potest esse inter eos, nam sunt consanguinei vel affines in tertio *vel* quarto gradu » ...Et postea nominet testes, dicens : « Et hoc sciunt *Talis* et *Talis*. »

4. Gofredus, *Summa*, p. 191 ; — Panormit., sur c. IV, X, *De eo qui cog.*, IV, 13.

Cette procédure, la seule que connaissent les canonistes classiques et les textes du *Corpus juris canonici*, était bien différente des oppositions au mariage de notre droit civil. La dénonciation était ici ouverte et imposée à tous, et le dénonciateur n'était point partie à l'instance que soulevait devant le juge sa révélation. Cependant, dans notre ancienne France, l'institution des oppositions proprement dites s'était pleinement dégagée. Les *Conférences de Paris* la font nettement apparaître : « Révéler un empêchement dirimant qu'on sçait être entre deux promis, disent-elles, et s'opposer à leur mariage, sont deux choses bien différentes. La révélation d'un empêchement dirimant est une simple déclaration qu'on fait de vive voix ou par écrit, sans aucune formalité de justice. Il y a des personnes qui la font sans se faire connaître ; il y en a d'autres qui se contentent d'indiquer les preuves et indices qu'on en peut avoir... L'opposition se fait par un acte juridique, l'opposant le signe et se déclare partie opposante à ce mariage [1]. » Et les *Conférences*, exposant la matière d'après les rituels des différents diocèses, marquent les traits distinctifs de l'opposition. Elle donne lieu à un procès devant l'officialité, où l'opposant est nécessairement partie ; celui-ci peut même faire tomber son opposition en s'en désistant, tant que le procès n'est pas pendant devant l'officialité ; enfin il obtient gain de cause ou est débouté par un jugement régulier [2]. Tandis que toute personne peut et doit *révéler* l'empêchement, toute personne, au contraire, n'a pas le droit de former opposition au mariage : y sont seuls admis les fiancés, l'un par rapport à l'autre, et les personnes qui prétendent être unies à l'un d'eux par les liens du mariage ou par des fiançaille antérieures, enfin « les parents pour le mariage de leurs enfants, les tuteurs et curateurs pour celui de leurs mineurs [3] ».

C'est dans la période même que nous étudions, avant le XVI[e] siècle, que cette institution s'était dégagée, et c'est la

1. Tome I, p. 269.
2. Tome I, p. 273 et suiv.
3. Tome I, p. 270, et suiv.

pratique qui la créa. Son point de départ fut sans doute l'hypothèse fréquente où un premier fiancé s'opposait au mariage que l'autre fiancé voulait, au mépris de sa promesse, contracter avec une autre personne. En dénonçant l'empêchement résultant des premières fiançailles, ou tout autre empêchement qui pouvait faire obstacle au mariage redouté, il avait l'avantage d'obtenir du juge un *interdictum* enjoignant de surseoir, et Panormitanus conseillait de prendre cette voie[1]. Mais, d'autre part, le fiancé avait, nous le savons, une action pour forcer l'autre fiancé à exécuter sa promesse ; il était donc partie au procès qui s'engageait à la suite de la dénonciation, et y faisait valoir son propre intérêt. On généralisa cette idée, et l'on reçut comme opposant au mariage, et comme partie au procès qui s'ensuivait, toute personne ayant un intérêt personnel à ce que le mariage ne se conclût pas.

Quoi qu'il en soit de cette hypothèse, l'institution de l'opposition apparaît très nettement aux XIV^e^ et XV^e^ siècles dans le *Registre de l'officialité de Cerisy* [2]. Elle porte constamment la dénomination technique, qui servira à la désigner dans la suite, *oppositio* [3]. L'opposant y joue le rôle de partie au procès, car on le voit assigner pour fournir les motifs de son opposition[4], et surtout le juge statue toujours sur le point de savoir

1. Sur c. I, X, *De matr. contra interd.*, n° 4 : « Nota unum remedium proditum sponso, si dubitat ne sponsa contrahat matrimonium cum alio, ut imploret officium judicis, quod sub pœna excommunicationis interdicat sponsæ ne contrahat cum alio matrimonium. »

2. N^os^ 8 *b* (p. 21), 10 *b* (p. 25), 30 *b* (p. 40), 35 (p. 42), 50 (p. 49), 58 (p. 53), 103 (p. 85), 108 (p. 87), 243 (p. 175), 265 (p. 192), 268 (p. 193). 365 *d* (p. 260), 393 *o* (p. 317). — Ajoutez *Liber practicus* de Reims, n° 157, p. 151, ci-dessus, p. 169, n. 1

3. L'expression *impedimentum opponere* se trouve bien dans le quatrième concile de Latran, c. III, X, IV, 3, ci-dessus p. 423, note 2; mais elle désigne simplement la *denunciatio*. — Dans un passage du *Registre de Cerisy*, l'empêchement invoqué par une opposante nommée Jeanne est appelé *impedimentum Johannæ*. — N° 243 : « Dictos Johannes et Guillermetam adjudicamus in maritum et uxorem, non obstante *impedimento dicte Johanne*, de quo nobis constare non potuit. »

4. N° 8 *b* : « Ad mandatum officialis archidiaconi de Citravada (citavit)... Emmelotam filiam Thome Pignon... coram ipso officiali... contra Thomam le Beodo et Johannam la Bourgeise in causa matrimoniali dicturam quare se opponebat matrimonio contrahendo inter eos. »

si, l'opposition, étant levée, l'opposant sera condamné aux dépens[1]. Enfin dans plusieurs passages le mot *impetitio* est employé comme synonyme d'*oppositio*[2]. Mais, d'autre part, il ne semble pas que, d'après la jurisprudence de Cerisy, le droit de former opposition à un mariage ait été réservé à certaines personnes déterminées. Souvent la qualité de l'opposant n'est pas indiquée[3]. Le plus souvent, c'est un fiancé ou une fiancée antérieurs qui forme opposition[4]; une fois, c'est une femme qui, sans prétendre avoir contracté avec le fiancé ni un mariage ni des fiançailles, a pourtant eu un enfant de lui, et l'empêchement qu'elle invoque, c'est la *cognatio spiritualis*[5]. Il semble bien, d'après cela, que toute personne pouvait former l'opposition à ses risques et périls. C'est donc seulement une transformation postérieure de la jurisprudence qui détermina limitativement quelles personnes avaient le droit d'opposition. Il faut remarquer d'ailleurs que, sur la liste définitive, figurent des personnes qui ont été admises non par la jurisprudence des officialités, mais par celle des parlements. Les parents,

1. N° 10 *b* « Dantes eisdem Jordano et Aelicie, quos adjudicamus in sponsos, licenciam matrimonium inter se contrahendi, ipsius Petronille oppositione, de qua nobis constare non potuit, non obstante, ipsam Petronillam tamen ab expensis absolvimus et ex causa. » Cf. n°s 265, 103. — N° 50 *b* : « Dicte Thomassie oppositione non obstante, de qua nobis constare non potuit, questionem expensarum penes nos reservantes. » — Parfois, en cas d'opposition calomnieuse et de mauvaise foi, une peine proprement dite est prononcée contre l'opposant débouté. Ainsi une femme est condamnée de ce chef au pilori, n° 35 : « Propter quod ipsam Aeliciam jussimus inscalari et inscalata fuit ipsa die. »

2. N° 10 *b* : « Dictos Jordanum et Aeliciam ab impetitione dicte Petronille absolvimus. » — Voyez la suite du texte à la note précédente. — N° 50 *b*, n° 265 : « Dictos Dyonisiam et Robertum *ab impetitione* dicti Philippoti absentis (absolvimus) in hiis scriptis dantes eisdem Roberto et Dyonisie, quos adjudicamus in sponsos, licentiam matrimonium inter se contrahendi, ipsius Philippoti *oppositione*, de qua nobis constare non potuit, non obstante. »

3. N°s 8 *b*, 58, 108, 365 *d*, 393 *o*.

4. N°s 30 *b*, 35, 265.

5. N° 243 : « In causa matrimoniali coram nobis agitata inter Johannem de Ponte et Guillermetam la Senescalle ex una parte, et Johannam La Rate opponentem ex altera, in hunc modum : quia dicta Johanna dicebat dictum Johannem tempore juventutis sue unum puerum in ea genuisse, quem dictam Guillermetam de sacro fonte levasse asserebat. »

tuteurs et curateurs ne pouvaient former opposition que par la voie de l'appel comme d'abus [1]. D'une manière générale, la juridiction ecclésiastique ne pouvait connaître des oppositions formées par d'au tres que par l'un des fiancés, ou par une personne qui invoquait un mariage, ou une promesse de mariage avec l'un des fiancés : toutes les autres oppositions, en effet, ne reposaient que sur un intérêt pécuniaire [2].

1. Pothier, *Traité du mariage*, nos 81 et suiv.

2. *Conférences de Paris*, tome I, p. 270 : « Pour celles des pères, mères, tuteurs et tous autres tiers opposans, elles ne regardent pas le lien du sacrement, et ne peuvent concerner que les intérêts civils qui ne sont pas de la compétence des juges d'Eglise, n'étant point chose spirituelle. Sur ce principe, toutes les sentences d'officialité qui ne sont qu'entre un tiers opposant, qui n'allègue point une promesse de mariage, et une des parties contractantes, sont déclarées abusives, quand elles n'auraient pas d'autre vice. C'est la jurisprudence du parlement de Paris... il ne varie plus sur cette maxime. » — Ducasse, *Pratique de la juridiction ecclésiastique*, Toulouse, 1762, première partie, p. 59 : « Qui sont ceux qui peuvent s'opposer à la célébration d'un mariage? Ce sont ceux qui y ont intérêt, et les intéressés sont le plus souvent ceux qui prétendent qu'une des parties qui veut se marier ne peut point passer outre à cause des engagements antérieurs qu'elle avait contractés. Les parents ont aussi le droit de s'opposer au mariage de leurs enfants. Mais leur opposition, aussi bien que celle des tuteurs et curateurs, est portée aux tribunaux de la justice séculière. »

TABLE DES MATIÈRES

Préface.

PREMIÈRE PARTIE

Le développement historique et les principes

Chapitre I. — *La juridiction et la législation de l'Église sur le mariage; leur histoire en Occident* . . . . . p. 3

Premier état : La juridiction disciplinaire de l'Église. — I. L'empire romain, p. 4. — II. La monarchie mérovingienne; la monarchie carolingienne, p. 10. — *Deuxième état* : l'Église juge et législateur du mariage. — III. Établissement de la juridiction exclusive de l'Église en matière de mariage: ses effets et sa durée, p. 25. — IV. La législation et la juridiction matrimoniales du XVI^e^ au XVIII^e^ siècle: les pays protestants; les pays catholiques, p. 31. — *Troisième état* : V. La sécularisation du mariage dans l'Europe occidentale; la place laissée au mariage canonique, p. 46. — VI. Le développement interne du droit canonique en matière de mariage, p. 55.

Chapitre II. — *Les principes et les tendances du mariage canonique* .. p. 63

I. Le sacrement de mariage; l'indissolubilité du lien conjugal, p. 64. — Le sacrement et le droit naturel, p. 67. — La compétence des juridictions ecclésiastiques quant aux causes matrimoniales, p. 73. — La distinction des empêchements dirimants et prohibitifs, p. 75. — II. Le contrat de mariage et le sacrement, p. 78. — III. L'importance juridique de la *copula carnalis*, p. 83. — IV. La faveur du mariage, p. 85. — V. Les prohibitions de mariage fondées sur la parenté et sur l'alliance, p. 87. — VI. L'égalité du mari et de la femme, p. 91.

DEUXIÈME PARTIE

Le droit du mariage jusqu'au concile de Trente

TITRE PREMIER

La formation et la preuve du mariage.

Chapitre i. — *La formation du mariage ; l'évolution de la théorie...* p. 95

I. Les éléments constitutifs du système, p. 97. — II. La théorie de Gratien, p. 108. — III. La théorie de Pierre Lombard, p. 119. — IV. La conciliation et la théorie définitive, p. 124.

Chapitre ii. — *Le contrat de fiançailles et le contrat de mariage; leur théorie du XIIIe au XVIe siècle* . . . . . p. 139

Les *sponsalia de futuro* : I. Leurs effets juridiques, p. 139. — II. La capacité nécessaire pour les contracter, p. 150; l'autorisation des parents pour les fiançailles et le mariage, p. 152. — III. Les causes de dissolution des fiançailles, p. 163. — Le *contrat de mariage* : IV. La manifestation du consentement; les *verba*, p. 167; les mariages entre absents, p. 169. — V. Le mariage conditionnel, p. 171. — VI. Les mariages clandestins, p. 178 ; la *solemnizatio* ; les bans de mariage, p. 180 ; la constitution de dot, p. 185.

Chapitre iii. — *La preuve du mariage.* . . . . . p. 189

I. Le *matrimonium manifestum* et le *matrimonium clandestinum*, p. 189. — II. La preuve écrite, p. 191. — III. La preuve testimoniale, p. 195. — IV. La possession d'état; la *nominatio;* les *tractatus* et la *fama*, p. 198. V. La preuve de la *copula carnalis* consécutive aux fiançailles, p. 201.

TITRE DEUXIÈME

Les empêchements de mariage et les actions qui les sanctionnent.

Chapitre i. — *Les empêchements de mariage.* . . . . . p. 203

La distinction des empêchements dirimants et prohibitifs, p. 203 ; fixation de la liste des empêchements dirimants, p. 205.

Section première : *Les incapacités.* — I. L'âge, *minor ætas*, p. 211. — II. Le *dispar cultus*, p. 216. — III. L'impuissance, p. 232. — IV. L'engagement dans les liens d'un précédent mariage, *ligamen*, p. 267. — V. Le vœu de chasteté, p. 269. — VI. L'engagement dans les ordres sacrés, *sacer ordo*, p. 282.

Section deuxième : *Les vices du consentement.* — I. L'absence de consentement, *dissensus*, p. 302. — II. La violence, p. 389; le dol, p. 310. — III. L'erreur, p. 311; *error fortunæ*, *error qualitatis*, p. 312; *error personæ*, p. 313. — IV. L'*error conditionis*; le mariage des esclaves et des serfs, p. 317.

Section troisième : *Empêchements tenant à une relation entre les conjoints, antérieure au mariage.* — I. La parenté, *consanguinitas*, p. 335. — II. La *cognatio legalis*, p. 357. — III. La *cognatio spiritualis*, p. 362. — IV. L'alliance, *affinitas*, p. 374. — V. L'adultère qualifié, *criminis enormitas*, p. 384; le *raptus*, p. 391.

Section quatrième : *Les empêchements prohibitifs.* — Rappel des empêchements prohibitifs déjà étudiés, p. 393. — I. L'*interdictum Ecclesiæ*, p. 394. — II. Le *tempus feriarum*, p. 396. — III. Les *crimina*. . p. 398

Chapitre II. — *Les actions en nullité et les oppositions*. . . . p. 403

Les actions en nullité de mariage; leurs caractères généraux, p. 403. — I. L'*accusatio*, les étrangers et les époux, p. 405. — II. La *denunciatio*, p. 411, et l'*inquisitio*, p. 412. — III. L'imprescriptibilité des actions en nullité, p. 413; la chose jugée, p. 416. — IV. Les *oppositions au mariage*; la *denunciatio evangelica*, p. 421; l'opposition proprement dite, p. 424.

ANGERS, IMP. A. BURDIN ET Cie, RUE GARNIER, 4.

348.
417
ES53
v.1

Le mariage en droit
Canonique / A. Esmein

29652

GRADUATE THEOLOGICAL UNION LIBRARY
BERKELEY, CA 94709